

Angélica M^a Burga Coronel

La aplicación del principio de
proporcionalidad como criterio de control
a los límites o restricciones permitidos a
los derechos fundamentales: breve
análisis de su aplicación por el tribunal
europeo de derechos humanos y la corte
interamericana de derechos humanos

Departamento

Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del
Derecho

Director/es

Elosegui Itxaso, María

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE
CONTROL A LOS LÍMITES O RESTRICCIONES
PERMITIDOS A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES: BREVE ANÁLISIS DE SU
APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE

Autor

Angélica M^a Burga Coronel

Director/es

Elosegui Itxaso, María

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho

2018

Repositorio de la Universidad de Zaragoza – Zaguán <http://zaguan.unizar.es>



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE CONTROL
A LOS LÍMITES O RESTRICCIONES PERMITIDOS A LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES: *BREVE ANÁLISIS DE
SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS***

Autora

ANGÉLICA MARÍA BURGA CORONEL

Directora

Dra. María Elósegui Itxaso

Facultad de Derecho
2018

"No doubt it is true to say that international law is made for States, and not States for international law, but it is true only in the sense that the State is made for human beings, and not human beings for the State."

Hersch Lauterpach

The function of law in the international community.

1933.

Agradecimientos

*María Elósegui, por su fe y paciencia inagotable en mí.
Mi gratitud eterna va con usted.*

*Vicky & Ángel, los mejores padres que el universo puede ofrecer a una
persona. Gracias por haberme hecho feliz, por haberme hecho lo que soy.
Por enseñarme a perseguir siempre todas mis metas.
Por demostrarme que no hay que tener miedo de saltar al vacío,
porque todo esfuerzo, de una u otra manera, siempre es recompensado.*

*A y C, por ser los mejores amigos que se puede tener en la vida.
Nuestra amistad es un cariño que desafiará al tiempo y la distancia.*

*C, por haberme dado un hogar en los meses últimos en que concluí esta
investigación.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I - X
-------------------	-------

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA INTEGRACIÓN CONTINUA ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

I. Evolución de la protección de los derechos fundamentales.....	1
1. Algunas consideraciones sobre los primeros modelos de protección de los derechos fundamentales.....	4
a. <i>Modelo inglés de protección de los derechos fundamentales</i>	6
b. <i>Modelo norteamericano de protección de los derechos fundamentales</i>	13
c. <i>Modelo francés de protección de los derechos fundamentales</i>	15
2. El desarrollo de la protección internacional de los derechos fundamentales.....	21
3. Algunas reflexiones sobre la postura de la cual se parte para realizar la presente investigación.....	27
II. Sistema de Protección de los derechos fundamentales a nivel supranacional.....	33
1. Los sistemas de protección de derechos humanos.....	39
a. Sistema europeo de derechos humanos (SEDH).....	40
b. Sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).....	60

CAPÍTULO II

LÍMITES O RESTRICCIONES PERMITIDOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Consideraciones Generales.....	82
1. ¿Limitación o delimitación de los derechos fundamentales?: una breve referencia terminológica.....	84

2. Delimitación de los derechos fundamentales.....	86
3. Limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales.....	97
A. Necesidad de imponer limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales.....	99
B. Definición y alcance de las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales.....	105
a) <u>Definición de limitaciones o restricciones</u>	106
b) <u>Alcance jurídico de las limitaciones o restricciones</u>	108
4. Las limitaciones y restricciones desde una perspectiva de integración del Derecho internacional con el interno.....	116
5. Limitaciones o restricciones y aplicación de los derechos fundamentales.....	118
6. El límite de los límites de los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial.....	122
a. Posiciones doctrinarias: una breve reseña de la doctrina española.....	123
b. Determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: entre la <i>Teoría relativa</i> y la <i>Teoría absoluta</i>	133
c. Determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: la <i>Teoría mixta</i> , una posible solución ecléctica.....	143
d. El contenido esencial equivale a una “huella digital” que sirve para identificar a un derecho fundamental.....	150

CAPÍTULO III

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE CONTROL A LOS LÍMITES O RESTRICCIONES PERMITIDOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. Cuestiones generales relativas al Principio de Proporcionalidad según Robert Alexy.....	165
II. Estructura del análisis de proporcionalidad.....	170
a) El fin legítimo o análisis de idoneidad.....	172
b) El análisis de necesidad de la medida empleada.....	183
c) La ponderación o análisis de proporcionalidad en sentido estricto.....	190

III. Problemática relacionada a la aplicación del principio de proporcionalidad.....	209
1. El principio de proporcionalidad se desvanece en la subjetividad judicial.....	210
2. El principio de proporcionalidad compara valores inconmensurables.....	219
3. El principio de proporcionalidad carece de racionalidad.....	237

CAPÍTULO IV

LAS RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I. Restricciones o limitaciones a los DF regulados por el CEDH.....	251
II. Estudio de casos sobre restricciones a los DF en el SEDH.....	255
III. Análisis respecto a la forma de evaluar las restricciones a los DF efectuada por el TEDH	
1) <u>La restricción debe estar prevista por la ley</u>	335
(i) <i>La restricción debe estar basada en la ley</i>	337
(ii) <i>La ley debe ser de fácil acceso</i>	338
(iii) <i>La ley debe ser previsible</i>	339
2) <u>La restricción debe perseguir un fin legítimo</u>	342
(i) <i>El análisis de necesidad de la medida, o de medios alternativos menos restrictivos: la etapa perdida en el test efectuado por el TEDH</i>	345
3) <u>La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática</u>	352
Propuestas de optimización en la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de legitimidad de las restricciones permitidas a los derechos fundamentales efectuada por el TEDH.....	372

CAPÍTULO V

LAS RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

I. Restricciones o limitaciones a los DF regulados por la CADH.....	377
---	-----

II. Estudio de casos sobre restricciones a los DF en el SIDH.....	383
III. Análisis respecto a la forma de evaluar las restricciones a los DF efectuada por la CorteIDH.....	422
1) La restricción debe estar prescrita por ley.....	422
2) La restricción debe estar destinada a proteger un fin legítimo.....	425
3) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática.....	428
Propuestas de optimización en la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de legitimidad de las restricciones permitidas a los derechos fundamentales efectuada por <i>la CorteIDH</i>	438
CONCLUSIONES (ESPAÑOL)	440
CONCLUSIONES (INGLÉS)	461
BIBLIOGRAFÍA	477

TABLA DE ABREVIATURAS

DF	Derechos Fundamentales
DIDH	Derecho Internacional de Derechos Humanos
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SED	Sistema Europeo de Derechos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
CV69	Convención de Viena de 1969
SDN	Sociedad de Naciones
OEA	Organización de Estados Americanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

En la configuración jurídica de la protección de los derechos fundamentales no se puede ignorar la influencia de los tratados de derechos humanos y la interpretación que de éstos construyen los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.

Así, resulta innegable la relación que existe entre el Derecho constitucional y el internacional, la misma que se manifiesta en la incorporación de estándares interpretativos de la jurisprudencia internacional a la nacional, lo que permite una viva interacción entre tribunales nacionales, ya sea, constitucionales o supremos, dependiendo de la elección de cada Estado, e internacionales de derechos humanos.

En este contexto, se asume la postura de que tanto el Derecho constitucional como el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) constituyen un sistema que necesita trabajar de forma coordinada para garantizar la protección efectiva de la persona. Ahora bien, al referirme a los derechos de la persona, en toda esta investigación considero acertado utilizar la expresión derechos fundamentales (DF), en el sentido de expresar la integración de la protección internacional y la interna, así como la dimensión ética, moral y jurídica que implican estos derechos.

Corresponde al DIDH y al Derecho constitucional trabajar coordinados como un solo sistema para regular la interacción de todos los derechos fundamentales en conjunto, integrando su dimensión individual y colectiva a fin de brindar una protección efectiva a los mismos. Para lo cual, tanto el DIDH como el Derecho constitucional autorizan el establecimiento de límites o restricciones, en ciertas

circunstancias y a determinados derechos, a fin de evitar el detrimento de un derecho o interés para asegurar la realización de otro u otros derechos o intereses. En definitiva, lo que se busca es otorgar seguridad jurídica a la persona y lograr que los derechos se realicen en armonía unos con otros para mantener la unidad y coherencia del sistema de protección.

En consecuencia, no es extraño que en la actualidad los Tribunales Constitucionales recurran a la jurisprudencia de los Tribunales internacionales para aplicar los estándares desarrollados por estos respecto al contenido de los derechos fundamentales. Especialmente, cuando se trata de establecer la conformidad con los Tratados de Derechos Humanos respecto a las restricciones y limitaciones permitidas impuestas por el Estado en el disfrute de determinados derechos y libertades internacionalmente protegidos, para establecer la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la finalidad perseguida por los Estados: cumplir con su obligación de proteger los derechos fundamentales.

En el marco constante de conflicto entre protección de los derechos humanos y la soberanía del Estado, el principio de proporcionalidad asume un rol protagónico, en la medida en que se convierte en uno de los medios más idóneos para controlar la potestad de los Estados para imponer restricciones permitidas en el disfrute de determinados derechos y libertades, en circunstancias determinadas. Este principio se origina en Alemania, y ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional de ese país, expandiendo su aplicación en el ámbito europeo, y posteriormente al sistema americano de derechos humanos y a los diversos países de Latinoamérica.

Actualmente, es posible afirmar que la eficacia de la protección de los derechos fundamentales encuentra un gran apoyo en la ponderación judicial. Por ello, se considera que el principio de proporcionalidad se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los tribunales constitucionales y supranacionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios¹, la misma que está fuertemente influenciada por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.

El principio de proporcionalidad o test o análisis de proporcionalidad –son las formas indistintas de nombrarlo a las que se hará referencia en esta investigación– además de constituir un mecanismo de ponderación entre derechos o intereses en conflicto, es utilizado para valorar la legitimidad de las restricciones o limitaciones permitidas a los mismos, así como para definir su límite y contenido. La ponderación no necesariamente se realiza respecto de derechos –considerados como principios en sentido estricto– sino también respecto de los principios subyacentes a las finalidades perseguidas con la restricción, las que pueden orientarse a la protección de otros principios en sentido estricto o de principios institucionales².

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) han incorporado en su línea jurisprudencial el análisis de proporcionalidad para verificar la legitimidad de las

¹ BERNAL PULIDO, Carlos; *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, p. 97.

² 2 ATIENZA, M., “Argumentación y Constitución” en *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, España, Iustel, 2007, pp. 151 y ss.

restricciones permitidas a efecto de determinar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos fundamentales. Por ello, el principio de proporcionalidad se ha convertido en un instrumento indispensable para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales tanto en el ámbito interno como internacional. Los tres sub-principios que lo conforman: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, son utilizados para verificar la legitimidad de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales, así como para determinar la ponderación realizada por el legislador o el juez nacional y comprobar que no se hayan sobrepasado los límites impuestos por el Derecho internacional.

En consecuencia, la finalidad de esta tesis doctoral se centra en analizar la forma como el TEDH y la CortelDH aplican el principio de proporcionalidad para controlar la legitimidad de las restricciones o limitaciones permitidas a los derechos fundamentales, a fin de determinar si dicha aplicación es conforme a la concepción doctrinal que se tiene del principio de proporcionalidad, o si por el contrario, los referidos tribunales han desarrollado una versión distinta de dicho análisis que se ajuste más a sus necesidades.

En cuanto a la metodología empleada, he escogido el método crítico-descriptivo para analizar la doctrina específica en la materia a fin de determinar los parámetros dentro de los cuales se estructura el principio de proporcionalidad y el ámbito de lo que se debe analizar en cada etapa de su estructura. Para lograr esto seleccione cuidadosamente los autores que tratan el tema; por lo que no podía dejar de incluir a los discípulos de Robert Alexy, como Directora de tesis, Dra. Elósegui, Laura Clérico y Carlos Bernal Pulido,

entre otros, además de sus seguidores y detractores a fin de condensar las críticas y bondades del principio de proporcionalidad.

Del mismo modo, he utilizado el referido método para analizar las sentencias seleccionadas de ambos Tribunales, con la finalidad de valorar si la aplicación del principio de proporcionalidad efectuada por los mismos cumple con los parámetros doctrinales de concepción y desarrollo del test de proporcionalidad.

Para cumplir con el propósito de la investigación planteado, este estudio ha sido estructurado en cinco capítulos y las respectivas conclusiones, articulados de forma coherente para guiar al lector en el curso de mi razonamiento, conforme se detalla a continuación.

En el capítulo primero reflexiono sobre el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales desde el nivel internacional y su constante integración con el Derecho interno. Este capítulo vino a mí de forma orgánica. Tuve la necesidad de escribirlo para plasmar todas las reflexiones que un inicio me planteé al comenzar a escribir esta tesis. Siempre he imaginado que podrá ser criticado, pues podría ser considerado innecesario en el producto final de la investigación. Aun así, con ciertos recortes me decidí a mantenerlo como parte del estudio. En concreto, este capítulo significa para mí justificar la comparación en la que baso mi investigación, lo cual será repetido en todo este trabajo, la integración necesaria del DIDH en el Derecho interno para garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales. Asumo la postura de que los derechos fundamentales universales gozan de una protección supranacional regional, pues no existe un tribunal supranacional universal.

Así pues, me plateé que quizás en dicha protección regional la interpretación que se realizaba de los derechos fundamentales universales podría tener variantes interesantes que analizar y criticar. De ahí surgió la idea de realizar una comparación entre dos sistemas regionales de protección de DF, resultando seleccionados el Sistema Europeo y el Interamericano.

Debido al amplio ámbito que una comparación de esta naturaleza implicaría, decidí enfocarme en los conflictos inevitables, en muchos casos, que se producen entre los DF. Dentro de este universo, encontré bastante interesante centrarme en el conflicto entre derechos que permite que se les impongan restricciones o limitaciones autorizadas por el Derecho y consideradas legítimas a condición de que se cumplan requisitos específicos.

Como el contexto de comparación versa sobre dos sistemas regionales, a través de sus Tribunales supranacionales, que tienen contextos de desarrollo social, cultural y jurídico diverso, consideré pertinente hacer una breve descripción de dichos sistemas, sin ánimo de profundizar en la problemática que puede existir en cada uno de éstos. Así pues, solamente se presenta su funcionamiento de manera descriptiva, a fin de tener una imagen general de su actividad, sin abordar las carencias o cuestionamientos que se les pueda atribuir, temas que desbordarían con creces el objeto de estudio del capítulo y de la investigación. El objetivo final, es precisar las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar los tratados que crean los Sistemas; y señalar que cada uno cuenta con órganos supranacionales encargados de interpretar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que los originaron. De esta manera concluye este capítulo que para mí contribuye a sentar las bases del contexto del estudio realizado.

En el segundo capítulo desarrollo la concepción doctrinal de las limitaciones o restricciones permitidas a los derechos fundamentales, deslindando conceptos como delimitación y limitación. Posteriormente, reflexiono sobre la necesidad de imponer las restricciones o limitaciones a los DF, y extraigo una definición y los alcances de las mismas desde un punto de vista teórico y normativo, concluyendo que han sido concebidas para lograr la armonía entre determinados derechos, por lo que constituyen la excepción y no la regla en el sistema de protección de los DF.

En este contexto, me plateé saber cuál es el límite último que pueden tener las limitaciones y restricciones, razón por la que realicé un breve estudio sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de los límites a las restricciones permitidas. Así, llegué a la conclusión de que el contenido esencial equivale a una “huella digital” que sirve para identificar a cada derecho fundamental que no puedes ser ignorado por el Estado al ejercer su potestad excepcional para imponer restricciones a los DF:

El tercer capítulo detalla el estudio que realicé sobre el principio de proporcionalidad como criterio de control a las limitaciones o restricciones permitidas a los DF. En este sentido, partí de la concepción de dicho principio desarrollada por el reconocido profesor alemán Robert Alexy. Posteriormente, enuncio los resultados de mi investigación doctrinal respecto a lo que se debe analizar en cada etapa de la estructura del análisis de proporcionalidad.

Del mismo modo, expongo el estudio referente a las principales críticas sobre la falta de racionalidad que se le hacen a dicho análisis, asumiendo la postura de que muchas veces la alegada carencia de racionalidad no proviene del principio en sí mismo, sino del intérprete que lo utiliza, quien no sigue de forma

estructurada cada etapa del test o no cumple a cabalidad con argumentar y justificar desde el Derecho cada razón que lo lleva a emitir una decisión determinada.

En el capítulo cuarto desarrollo la forma cómo han sido reguladas las restricciones permitidas a los DF en el Sistema europeo de derechos humanos (SEDH). Posteriormente expongo los resultados del estudio de casos sobre este tipo de restricciones sentenciados por el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH). El universo de casos corresponde a una cuidadosa selección de 21 sentencias emitidas por la Gran Sala del TEDH en los últimos 5 años respecto a restricciones permitidas a los DF en virtud de los incisos segundos de los artículos 8 a 11 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). Se escogieron las sentencias emitidas por la Gran Sala, pues, de conformidad con lo establecido por el artículo 44 del CEDH, dichas sentencias tienen carácter definitivo. Este trabajo se muestra por medio de fichas que contienen, además de los hechos del caso, un resumen de la forma en que el Tribunal examinó las restricciones impuestas, así como mis reflexiones sobre el análisis realizado por el TEDH.

Finalmente, expongo la crítica doctrinaria, así como la mía propia respecto a la forma cómo el TEDH evalúa las restricciones permitidas, señalándose las omisiones en las que incurre y las propuestas de mejora respecto a dicha evaluación.

En el capítulo quinto desarrollo la forma cómo han sido reguladas las restricciones permitidas a los DF en el Sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). Posteriormente expongo los resultados del estudio de casos

sobre este tipo de restricciones sentenciados por la Corte interamericana de derechos humanos (CorteIDH). El universo de casos corresponde a una cuidadosa selección de 6 sentencias emitidas por la CorteIDH en los últimos 10 años respecto a restricciones permitidas a los DF en virtud de los incisos segundos de los artículos 13, 15 y 16 respectivamente de la Convención americana de derechos humanos (CADH). Este trabajo se muestra por medio de fichas que contienen, además de los hechos del caso, un resumen de la forma en que la CorteIDH examinó las restricciones impuestas, así como mis reflexiones sobre el análisis realizado por dicha Corte.

Finalmente, respecto a la crítica sobre la forma como la CorteIDH aplica el principio de proporcionalidad, me gustaría resaltar que la literatura existente es escasa, razón por la cual en esta parte expreso mis puntos de vista personales en base a los resultados del estudio de los casos seleccionados. En este sentido se indican las omisiones en las que incurre y las propuestas de mejora respecto a dicha evaluación.

La última parte corresponde a las conclusiones. En ellas se condensan mis reflexiones respecto a cada capítulo desarrollado en la investigación y especialmente los resultados de la comparación realizada respecto a la forma como los dos Tribunales supranacionales escogidos aplican el principio de proporcionalidad como criterio de control a las restricciones permitidas a los DF. En este contexto, la conclusión principal es que el TEDH realiza un análisis de necesidad de la medida en una sociedad democrática con elementos de proporcionalidad y que la CorteIDH se acerca mucha más al test de tradición constitucional germánica, ampliamente desarrollado por Alexy. Pese a que expongo críticas a la forma de aplicación del principio de proporcionalidad por

ambos Tribunales, también propongo algunas sugerencias para mejorar dicha aplicación, sin ánimo de desmerecer la encomiable labor que estos Tribunales realizan.

En este sentido, mi crítica es un poco más flexible que la de la doctrina estudiada, debido a que considero que este tipo de Tribunales no necesariamente debe desarrollar estándares taxativos que de forma matemática puedan ser aplicados por los Estados a todo tipo de situaciones en las que se presenten restricciones permitidas a los DF. Esto es virtualmente imposible, pues los DF están en constante evolución, permitiendo que se protejan nuevas conductas que se originan con el desarrollo natural de la sociedad.

Por ello, mi postura es que los estándares deben ser flexibles, “abiertos”, la interpretación de los DF debe ser “viva” y no petrificada, para poder englobar los diversos cambios que se van a presentar en la realidad y que definitivamente van a influir en la dogmática de los DF. En definitiva, defiendo, apartándome de la crítica doctrinal expuesta, que ambos Tribunales han desarrollado estándares o reglas resultados que son aplicables a diferentes situaciones aun cuando algunas de las variables empíricas puedan ser distintas.

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA INTEGRACIÓN CONTINÚA ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

I. Evolución de la protección de los derechos fundamentales

El hombre desde que inicia su existencia, desde su nacimiento, tiene un “rango”, una “dignidad” propia, una “grandeza” que no es convencional, sino que le distingue intrínsecamente, y una perfectibilidad que exige un trato que, desde muy pronto, supera al de la crianza animal¹.

Inicio con esta cita de Sartre, pues considero que refleja a la perfección la línea de pensamiento que seguiré en esta investigación. El hecho de que los derechos de la persona no son convencionales, son anteriores al Estado, y que necesitan su reconocimiento a través de normas que hagan posible que la persona pueda reclamarlos.

La protección de estos derechos refleja en primer lugar las aspiraciones de la persona, proclaman el reconocimiento amplio de la libertad y de la limitación del poder del Estado, así como acciones de la sociedad para su promoción y respeto.

Durante el desarrollo de la protección de los derechos de la persona, las discusiones académicas y doctrinarias se han centrado en la definición de lo que se considera derecho. Diversas teorías han surgido para dar explicación a su existencia y fundamentación. En estos debates, la idea de que los derechos

¹ SARTRE, Jean-Paul; *L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, París, 1946, pp. 20-25.

de la persona tienen, de preferencia, una base moral en lugar de legal, siempre ha estado presente.

En este contexto, no es el objetivo de este capítulo desarrollar las teorías que debaten la polémica sobre el origen moral o legal del fundamento de la protección de los derechos de la persona. Lo que se pretende es hacer un breve recorrido histórico sobre el desarrollo de la protección de estos derechos a fin de establecer que tanto el Constitucionalismo como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se influyen mutuamente para garantizar la protección de la persona y sus derechos. En este contexto, teniendo en cuenta que la presente investigación se centra en las restricciones o limitaciones permitidas a los derechos de la persona, este breve recorrido histórico mostrará que en un inicio se luchó por lograr el reconocimiento de los derechos por el Estado sin que se pensara en permitir su restricción, aunque sea legítima; es decir, que en un primer momento su concepción fue como derechos absolutos que imponen límites al poder estatal.

Así pues, se asume la postura de que tanto el Derecho constitucional como el DIDH constituyen un Sistema que necesita trabajar de forma coordinada para garantizar la protección de la persona tanto a nivel internacional como interno. Ahora bien, al referirme a los derechos de la persona, en toda esta investigación considero acertado utilizar la expresión derechos fundamentales (DF), en el sentido de expresar la integración de la protección internacional y la interna, así como la dimensión ética, moral y jurídica que implican estos derechos.

Este capítulo ha sido pensando como un amplio ejercicio introductorio que plantee el marco en el que se analizarán las restricciones o limitaciones

permitidas a los DF y el control de legitimidad estatal a través de un sistema supranacional de protección, cuyos estándares deben integrarse en el Derecho interno. En este contexto, realizaré un breve desarrollo histórico de la protección de los derechos fundamentales. Partiendo del hecho de que las primeras muestras de esta protección se dan en el tránsito a la modernidad, durante los siglos XVII y XVIII que adquieren sentido en un contexto determinado². Así pues, la adopción de postulados normativos se da en un contexto histórico determinado que refleja los valores, pretensiones, necesidades éticas, morales, políticas que fundamentan la protección de los DF., que en un inicio fueron concebidos como absolutos sin que se regulara ningún tipo de restricciones legítimas.

El enfoque a seguir se inicia con la evolución de la protección desde las primeras declaraciones de derechos que originarán nuevos modelos de Estado y la aparición de las primeras constituciones en las que se integrarán los derechos proclamados (1), para luego señalar como se desarrolla la protección a nivel internacional inspirada en las primeras declaraciones (2); finalmente se expresan las reflexiones sobre la postura asumida en esta investigación que es el origen natural de los DF, los que necesitan de un sistema jurídico para lograr su efectividad; en concreto, se afirma que dicho Sistema de protección está constituido por la integración del Derecho internacional y el interno, en definitiva, del DIDH y el Derecho Constitucional (3).

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 227.

1. Evolución de la protección de los derechos fundamentales

Hablar de la forma cómo se produce la evolución de la protección de los DF, implica referirse al momento en el que estos derechos son asumidos por el Derecho como objeto de protección. Es decir, el momento en que se tiene conciencia de su existencia, de su necesidad de ser reclamados y, en consecuencia, de ser reconocidos por postulados normativos.

Desde la antigüedad se pueden encontrar ciertos trazos de la conciencia de su existencia. En este sentido, pensadores como Loewestein³ señalan que, la idea de que el ciudadano tenía que detentar derechos propios, diferentes de sus obligaciones frente a la comunidad, fue completamente ajena en la teocracia hebrea, en las ciudades Estado griegas, e incluso en la República romana. No se dará hasta la época en que los pensadores políticos griegos consideraron que la personalidad humana sólo podría desenvolverse plenamente cuando estuviese integrada y subordinada en el Estado omnipotente.

Así pues, este autor afirma que la idea de que existen derechos del individuo fuera del Estado tiene sus raíces en la filosofía helénica de los estoicos (Panecio y Cicerón): la ley natural, la razón, la igualdad y la dignidad del hombre son valores que están por encima del Estado y fuera de su alcance. La segunda raíz, en palabras de Loewestein, fue el entusiasmo religioso de los primeros cristianos, de inspiración igualmente judío-helénica, según el cual el hombre autodeterminado se eleva por encima del Estado, y hasta contra él. Posteriormente, recuerda que, tras la victoria de la Iglesia, el individualismo se sumergió de nuevo en la exclusividad del orden religioso.

³ LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, traducido por Alfredo Gallego, Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986, p. 393.

Por otra parte, para Peces-Barba la protección de los DF constituyen un concepto histórico del mundo moderno sobre la *libertas romana*, que reconocidas o no expresamente, en su opinión, no faltaron en Roma, señalando, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: libertades de domicilio y de traslado, de religión, de reunión y asociación, de elección de profesión, de acceso a los cargos públicos, de sufragio, de pensamiento y expresión, del acusado hasta el momento de celebrarse el juicio, garantías del ciudadano frente al abuso de poder y su defensa a través del tribunado de la plebe, de los magistrados y su responsabilidad al cesar en el cargo⁴.

En la misma línea de pensamiento, Fernández y De Castro⁵ consideran que, aunque en aquel momento hubiera un cierto concepto de libertad, esa *libertas romana* no se corresponde con nuestra idea actual de la libertad, lo cual se explica porque aún no se había elaborado el concepto mismo de persona, aportación del cristianismo y que, obviamente, constituía un paso ineludible para el reconocimiento a toda persona de unos derechos innatos e inviolables.

Del mismo modo, opinan que, tampoco existía entonces una construcción iusnaturalista sobre la que pudiera edificarse una teoría según la cual existen unos derechos que las leyes positivas tienen que respetar. No obstante, cuando en la Edad Media aparece el pensamiento iusnaturalista, estos autores afirman que, al no existir todavía una teoría elaborada de los derechos subjetivos, no se producirán expresiones vigorosas ni, menos aún, sistemáticas

⁴ Cfr. Peces-Barba es citado por IGLESIAS-REDONDO, Juan; “En torno a la *libertas*”, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 1445.

⁵ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; DE CASTRO CID, Benito; *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Universitas, Madrid, 1993, p. 433.

de los derechos humanos, que, en la forma en que hoy los entendemos, no surgirán en la vida política de Europa sino hasta entrada ya la Edad Moderna.

En este tránsito hacia la modernidad, aparecerá la necesidad de limitar el poder político, lo que fundará las bases de la historia del constitucionalismo, a través de la cual se produce el cambio de organización política de un Estado y la organización del poder público. Lo que interesa en esta parte de la investigación es abordar, dentro del desarrollo del constitucionalismo, la forma como ha evolucionado la protección de la persona, lo que equivale a decir el proceso de constitucionalización de los derechos. Éste va a darse a partir de los siglos XVI y XVII, para lo cual es sumamente pertinente recordar, a continuación, el origen de las primeras declaraciones de derechos que aparecerán en los orígenes de los modelos inglés (a), norteamericano (b) y francés (c) de protección de los derechos fundamentales, las que consagraron una protección absoluta a los DF sin que se regulara la posibilidad de restringirlos para lograr la coexistencia armoniosa de todos ellos.

a. Modelo inglés de protección de los derechos fundamentales

En un inicio, no existe un Estado en el sentido que ahora conocemos. La vida política, social, económica está organizada en torno a una monarquía, donde el poder absoluto es ostentado por el monarca, y predominan determinadas clases, a las que se les conceden ciertos privilegios. La organización de la sociedad de entonces es feudal, pues no existe Parlamento que apruebe las leyes, pues éstas provienen de la voluntad o capricho del soberano.

En concreto, los derechos y libertades se concibieron en el medievo como una estructura corporativa, son patrimonio del feudo, del lugar, del valle, de la

ciudad, de la aldea, de la comunidad; por ello, pertenecen a los individuos sólo en cuanto están bien enraizados en esas tierras, en esas comunidades⁶.

Este modelo de protección se va a desarrollar durante un largo período, pues inicia con la concesión de simples privilegios hasta lograr una declaración de derechos que refleje la tradición como la base principal de las libertades y garantías de los ingleses. En concreto, para reflejar esto, se hará referencia a los tres documentos más destacados de este modelo: la Carta Magna de 1215, la Petición de derechos de 1628 y la Declaración de Derechos (Bill of Rights) de 1689.

Ahora bien, la Carta Magna de 1215 es suscrita por el llamado Rey Juan sin Tierra en favor de los Barones que se rebelaron contra su mandato⁷. Este documento representa las concesiones hechas por el rey para que sus súbditos disfruten de algunas libertades y privilegios, tales como las sucesiones y herencias, el derecho de propiedad, la capacidad de imponer tributos, la libertad de comercio y de circulación⁸.

La cláusula más importante de esta Carta es la 39, debido a que dispone que ningún hombre libre será arrestado, detenido o desposeído de sus bienes, ni desterrado salvo por juicio o por disposición de la ley⁹. La importancia de dicha cláusula radica, según Fioravanti, en que constituye un antecedente de una de

⁶ FIORAVANTI, Maurizio; *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, traducido por M. Martínez Neyra, Trotta, Madrid, 1996, p. 30.

⁷ Recordemos que el Rey Juan sin Tierra llevaba varios fracasos militares que se tradujeron en la imposición de elevados impuestos a los Barones para continuar el financiamiento de su política bélica. Los reclamos se dieron por el deseo de protegerse de los abusos de la autoridad del rey, debido a los impuestos excesivos; las represalias crueles contra los que no pagaban, y la administración de justicia arbitraria. Este abuso que hizo de sus privilegios reales.

⁸ Cfr. Cláusulas 2 -8, 9-16, 24, 30, 38-42 de la Carta Magna. PACHECO GÓMEZ, Máximo; *Los derechos humanos documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 39 – 49.

⁹ Cfr. Carta Magna en PACHECO GÓMEZ, Máximo; *Los derechos humanos documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 39 – 49.

las dimensiones básicas de la libertad en su comprensión moderna, es decir, la libertad como seguridad, tanto de los propios bienes como de la propia persona¹⁰.

A través de la Carta Magna se refleja la concesión de libertades y privilegios, y no de derechos. No contiene la idea del individuo, en abstracto, como destinatario de los derechos, presupuesto básico de la universalidad, que es la característica de la noción moderna de los derechos. Las concesiones efectuadas son para un grupo determinado, no como individuos, sino como miembros de un grupo social concreto, tales como nobles, clérigos, mercaderes, entre otros. En este sentido, la Carta Magna surge en un contexto en el que aún no se puede hablar de Estado moderno, con una relación diferente entre el poder político y el sujeto, en una sociedad en la que no existe la noción de individuo ni la de derechos subjetivos que puedan ser reclamados frente al poder¹¹.

Aun cuando se pudiera equiparar los privilegios a derechos, no es posible encontrar una idea de individualidad o colectividad. El reconocimiento de privilegios no se hace por la condición humana o de dignidad de los individuos sino por la pertenencia a un grupo determinado. Solamente una clase determinada considera que puede reclamar del soberano ciertas concesiones. Teniendo en cuenta que se trata de una reivindicación de privilegios de una clase social específica, y no de derechos resulta comprensible que no se regule ningún tipo de restricción. El resto de individuos, pese a que está oprimido

¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio; *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, traducido por M. Martínez Neyra, Trotta, Madrid, 1996, p. 32.

¹¹ PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; "Los derechos en la revolución inglesa" en PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (Dir.); *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 747 – 796, en específico pp. 749 – 750.

también, no concibe la idea de solicitar el reconocimiento de algunos privilegios, mucho menos de derechos; lo cual será el común denominador por algunos años más.

Posteriormente, durante el gobierno de las dinastías de los Tudor y de los Estuardo, el absolutismo como poder supremo sobre todos los súbditos continuará reafirmandose como atributo principal del gobierno monárquico.

En los reinados de Jacobo I y Carlos I, la concepción absolutista del origen del ejercicio del poder encuentra reacción de parte de destacados juristas, tales como Coke, y los parlamentarios de la Cámara de los comunes, quienes defienden el *common law*. En este sentido, el objetivo del Parlamento es, en palabras de Matteucci, redefinir los límites de la prerrogativa monárquica y volver a consagrar los privilegios del Parlamento¹².

Del mismo modo, la defensa de Coke respecto al *common law* sobre el poder regio implica la defensa de los derechos de los ingleses, pues, concibe a éstos derechos asentados en la tradición de las viejas leyes de Inglaterra. Así pues, Coke considera dentro del espíritu del *common law* a la ley con existencia propia e independiente por encima del rey y de los súbditos. En su opinión, las leyes sólo pueden ser alterables por el Tribunal Supremo del Parlamento¹³: lo que no impide que el *common law* objete las leyes del Parlamento cuando sean

¹² Mateucci es citado por PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; “Los derechos en la revolución inglesa” en PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (Dir.); *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 747 – 796, en específico p. 772.

¹³ Cfr. TREVELYAN, George; *Historia política de Inglaterra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 274.

contrarias al Derecho y a la razón común, o imposibles de ejecutar, caso en el cual se convierten en nulas y sin eficacia¹⁴.

En este contexto de tensión entre las prerrogativas regias del monarca y el *common law*, el Parlamento decide presentar al rey Carlos I una Petición de derechos para lograr un resarcimiento a los agravios cometidos por éste a los súbditos. La Petición de Derechos de 1628 hace referencia a normas y tradiciones en las que tienen su origen las libertades inglesas frente al poder real que habían sido violadas, pues invoca y reafirma, después de cuatro siglos, lo postulado en la Carta Magna¹⁵.

Pese a que se hace una reivindicación de las libertades, ello se hace a título de súplica al monarca, lo que se refleja en la redacción del documento: “piden humildemente a su más excelente Majestad sus derechos y libertades, de acuerdo con las leyes y estatutos de este Reino (..)”¹⁶.

En este contexto, se pide que se respete la libertad de los hombres a no ser arrestados, encarcelados, desterrados o sancionados sino es conforme a la ley. En el mismo sentido, se agrega que no se obligue a ningún hombre a dar impuestos sin el consentimiento común, manifestado en un acto del Parlamento, de manera que ningún súbdito sea condenado a muerte contraviniendo las leyes y el derecho de la tierra¹⁷. Como se puede apreciar, en este reconocimiento de libertades y derechos, éstos son concebidos de forma

¹⁴ Cfr. Caso Bonham. Ver también: REY MARTÍNEZ, Fernando; “Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review”, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México, 1988, pp. 847 – 866.

¹⁵ Cfr. las cláusulas III y VII de la Petición de Derechos. Peces-Barba Martínez, Gregorio (dir.); *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 62-65.

¹⁶ Cfr. la cláusula XI de la Petición de Derechos. Peces-Barba Martínez, Gregorio (dir.); *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 62-65.

¹⁷ Cfr. la cláusula X de la Petición de Derechos. Peces-Barba Martínez, Gregorio (dir.); *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 62-65.

absoluta, como una ganancia para los individuos, por lo que tiene lógica que en esta etapa no se piense establecer ningún tipo de restricciones.

Posteriormente, en las diversas etapas que se dieron durante la revolución inglesa por someter el poder del monarca, se adoptará la Declaración de Derechos de 1689. Esta Declaración, fundamentalmente terminó de delinear las atribuciones del Parlamento y garantizar su ubicación en el sistema constitucional, y por otra, amplió el catálogo de derechos protegidos. Este documento fue el último de su tipo sancionado en el Reino, por lo que es considerado como la declaración de derechos de la Constitución no escrita de Inglaterra¹⁸.

Por medio de la Declaración se reafirmará la defensa de los antiguos derechos y libertades del pueblo inglés (preámbulo), se concebirá como ilegal la facultad real de suspender las leyes o su cumplimiento sin autorización del Parlamento, o dispensar su cumplimiento (artículos 1 y 2), la recaudación de impuestos o el reclutamiento o mantenimiento de un ejército permanente en tiempos de paz, sin consentimiento del Parlamento (artículos 4 y 6), la aplicación de castigos crueles (artículo X). Asimismo, se consagran diferentes libertades y derechos, tales como: el derecho de peticionar al rey y la garantía de no ser apresados o enjuiciados por ese motivo (artículo 5), garantías a la libre elección de miembros del Parlamento y libertad de expresión (artículos 8 y 9), y garantías contra multas excesivas y castigos crueles y desusados (artículo 10)¹⁹.

¹⁸ Cfr. ROJAS, Ricardo Manuel; *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, CADAL: Konrad-Adenauer, Fundación Friederich A, Von Hayek, Buenos Aires, 2005, p. 16.

¹⁹ Cfr. la Declaración de Derechos (Bill of Rights) de 1689 en el sitio web oficial de legislación del Reino Unido. Ver: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Última visita 29 de mayo de 2018.

Así pues, los principios básicos que contiene esta Declaración se resumen en el sometimiento del Rey a la ley, la seguridad del individuo en su persona y en sus bienes, el establecimiento de garantías procesales, la libertad política, y la reafirmación de las antiguas libertades y derechos de los ingleses, como derechos absolutos que no se concibe que puedan ser restringibles, al contrario la visión continúa siendo que estos derechos “ganados” al soberano sean plenamente protegidos.

En este contexto, se resume las exigencias de libertades profundamente enraizadas en la tradición inglesa. Con este documento se concluye un régimen, se produce un cambio en la organización política, se denuncian los agravios cometidos por la dinastía gobernante y, finalmente, se logra establecer una declaración de derechos. En consecuencia, la revolución inglesa logra, después de un largo proceso, regular las relaciones de poder entre la Corona y el Parlamento, constituyéndose en un documento jurídico que autoriza al Parlamento a fiscalizar a la Corona²⁰. Por ello, es comprensible que habiéndose logrado un documento que declare derechos a fin de evitar excesos de parte del gobernante no se conciba la posibilidad de otorgarle potestad para la imposición de restricciones de ningún tipo.

El texto de la Declaración se convierte en uno de los primeros textos en los que ya no se solicita o suplica al monarca que reconozca privilegios a determinados grupos; por el contrario, se consagran los derechos de los individuos como tales de forma absoluta. En este sentido, se reafirma la necesidad del establecimiento de un modelo de protección de derechos que se constituirá en precedente del modelo liberal clásico, debido a que se funda en la limitación del

²⁰ SORIANO, Ramón; *Historia temática de los derechos humanos*, Colección universitaria de materiales jurídicos, Editorial MAD, Sevilla, 2003, pp. 147 – 148.

poder del soberano como una necesidad básica para lograr el reconocimiento de los derechos. Lo cual servirá de base e inspiración para las colonias norteamericanas cuando decidan liberarse de la Corona británica.

b. *Modelo norteamericano de protección de los derechos fundamentales*

Este modelo se da para reformular la forma de concepción y organización del Estado, manteniendo algunas tendencias del modelo liberal inglés, con la diferencia de que se creará un Estado independiente para alejarse completamente del modelo monárquico constitucional.

En este contexto, las Declaraciones norteamericanas contienen reclamos concretos, dado el contexto histórico y social en el que se desarrollaron: la necesidad de conseguir su independencia económica; que se vio plasmada en el fin último de liberarse de la corona inglesa, a través de la construcción de un modelo político diferente en el que se proclamó el respeto de los derechos de sus ciudadanos en el marco de un Estado libre y soberano.

Todo esto se ve reflejado en la Declaración de derechos de Virginia de 1776. En ella se consagra la existencia de derechos inherentes a la persona que son anteriores al Estado, por lo que una vez que se vive en sociedad deben ser protegidos, garantizados sin excepción. Asimismo, se proclama la libertad y la igualdad, dentro de una forma de gobierno sin discriminación, proveniente de la soberanía popular, organizada en base a una división de poderes. Entre los derechos que se reconoce, se tiene el derecho a la propiedad, la presunción de inocencia, el debido proceso, la libertad de expresión y de religión, así como la prohibición de impuestos excesivos y de castigos. En la Declaración de independencia de 1776, se vuelve a reiterar la procedencia natural e inherente

de los derechos de las personas que necesitan de un Estado o gobierno que reconozca su protección.

A diferencia de la declaración de derechos inglesa, en las declaraciones americanas se consagran derechos y no privilegios, y se habla de éstos en un sentido individual pues, pese a vivir en colectividad, se reafirma la importancia de proteger a la persona como individuo y de organizar toda la estructura estatal con esa finalidad.

Ello ha llevado a Habermas²¹ a señalar que la diferencia entre estas declaraciones y la inglesa se produce porque los colonos no llevan a cabo su emancipación respecto de la corona inglesa estrictamente con la conciencia de una revolución. Ellos buscan legitimar su independencia del imperio británico; en razón de lo cual, el autor afirma que, las declaraciones de derechos fundamentales tienen el sentido de procurar a la materia jurídica heredada otro fundamento de legitimación. En las colonias se podía declarar sin inconveniente los derechos naturales, debido a que la sociedad estaba constituida en su mayoría por propietarios, acostumbrados a la igualdad, que no conocían el yugo de los impuestos y los prejuicios; por lo que, Habermas señala que estaban preparados para la libertad.

En concreto, esta Declaración pone de manifiesto que el Estado debe reconocer derechos a los individuos de forma absoluta, comprometiéndose a garantizar su goce de forma plena; razón por la cual ante tal reivindicación no se concibe que el mismo Derecho imponga restricción alguna a su disfrute.

²¹ HABERMAS, Jürgen; "Derecho natural y revolución" en *Teoría y praxis: Estudios de Filosofía social*, traducido por Salvador Más Torres y Carlos Montoya, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 87 – 122.

c. Modelo francés de protección de los derechos fundamentales

Se da con una ruptura revolucionaria del modelo de Estado existente. Para plantear principios que deben regir la vida de un Estado, tales como la soberanía del pueblo para decidir su forma de gobierno y la protección de derechos para el hombre. En este sentido, se concretará un cambio de filosofía política y jurídica que influirá en el desarrollo del constitucionalismo moderno.

Todos estos principios, se incluirán en la famosa Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que surge como una reacción a los abusos monárquicos; en razón de lo cual plantea la existencia de derechos naturales e inalienables del hombre que tienen que ser reconocidos y respetados por los poderes públicos. Propugna como finalidad de las instituciones públicas, del poder en general, garantizar el respeto de estos derechos. Del mismo modo, se reconoce a la Constitución como norma suprema que regula la protección de los DF como principios que inspiran el Sistema de instituciones públicas de un Estado²².

En este contexto, el nuevo modelo de Estado se basa en la división de poderes, reconoce el origen del poder de gobierno en la soberanía del pueblo, la existencia de derechos naturales del hombre que necesitan ser positivados para poder ser reclamados por los ciudadanos, acepta la participación activa del ciudadano en la vida del Estado; lo que vale decir que, se instituye un nuevo Derecho público.

Entre los derechos garantizados, se enuncian, la igualdad, la libertad individual, de conciencia, de expresión, religiosa, la propiedad, la presunción de inocencia, el principio de legalidad. Así pues, la base de la organización social que

²² Cfr. Preámbulo de la Declaración de 1789.

proclama la Declaración de 1789 se consolida en la igualdad y en la libertad de todos los ciudadanos, reconocidas y reguladas por la ley. Ésta debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Los límites a estos derechos son la excepción que confirma la regla y solamente pueden ser impuestos por ley para garantizar su goce a todos los miembros de la sociedad²³. En este caso, comienza a perfilarse la idea de que los derechos puedan ser restringidos de forma legítima (por ley) a fin de que puedan coexistir de forma individual y colectiva a la vez. Siguen siendo derechos absolutos con una posibilidad excepcional de restricción legal para garantizar su ejercicio individual y colectivo a la vez.

Esta Declaración, a diferencia de la inglesa y de las norteamericanas, es considerada como cristalizadora del pensamiento europeo y de la filosofía de las luces, en la que se concretan las corrientes previas a las reformas protestantes, las aspiraciones de Locke, así como las ideas contemporáneas de Montesquieu, Voltaire y Rousseau. Por ello, se le considera como un documento de alcance amplio, inclusive internacional cuyos principios pueden extenderse a otros Estados en general y ser aplicados en diversos contextos sociales.

En concreto, se luchó por reivindicar las libertades a fin de romper con el modelo tradicional político, social y jurídico. Por ello, Habermas al referirse a las revoluciones norteamericana y francesa expresa que “el mismo acto revolucionario no puede ser idéntico cuando allí se trata de liberar las fuerzas espontáneas de la autorregulación en consonancia con el derecho natural, y aquí, por el contrario, de instituir primeramente una constitución general

²³ Cfr. Texto de la Declaración de 1789.

iusnaturalista contra una sociedad depravada y una naturaleza humana corrompida. Allí se proclamó el poder revolucionario con objeto de restringir un poder despóticamente desencadenado, aquí para la construcción de un orden natural que no puede contar con la complacencia de una base natural. Allí la revolución puede dejar que el inquebrantable egoísmo de los intereses naturales trabaje para ella, aquí tiene que movilizar estímulos morales”²⁴.

Así pues, este autor afirma que en Francia se tiene conciencia de la necesidad de una revolución como medio de materializar la efectividad de los derechos naturales; lo que se vería reflejado en la inclusión de la declaración de derechos en el preámbulo de la Constitución, pues tiene como fundamento poner en vigencia positivamente un nuevo Derecho²⁵.

Por otra parte, Peces-Barba señala que los tres modelos: inglés, norteamericano y francés provienen de un mismo movimiento. Los textos de cada modelo constituyen la primera fase de la historia de los derechos fundamentales considerados como tales derechos, encaminados a detener y encausar el poder político del Estado absoluto. Para este autor, Locke, Pufendorf, Montesquieu, Vattel, Beccaria, Burlamanqui o Voltaire son responsables de lo que llama la “común paternidad” de los textos norteamericano y francés²⁶.

Ahora bien, en un inicio se proclaman privilegios, como solicitudes o peticiones a los monarcas; posteriormente se reclaman derechos individuales a fin de

²⁴ HABERMAS, Jürgen; “Derecho natural y revolución” en *Teoría y praxis: Estudios de Filosofía social*, traducido por Salvador Más Torres y Carlos Montoya, Tecnos, Madrid, 1990, p. 109.

²⁵ HABERMAS, Jürgen; “Derecho natural y revolución” en *Teoría y praxis, Estudios de Filosofía social*, traducido por Salvador Más Torres y Carlos Montoya, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 87 – 122.

²⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; “Los derechos del hombre en 1789: Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº VI, pp. 57 – 128.

lograr su protección de manera individual frente al Estado que, en su momento más absolutista, constituyó un obstáculo para el desarrollo del ser humano, especialmente de los que no pertenecían a los grupos considerados privilegiados²⁷. Dado el contexto en que estos privilegios, en un primer momento, derechos, en una etapa posterior, fueron “ganados” al poder del soberano, se explica que su reivindicación fuera concebida como absoluta sin ninguna posibilidad de restricción por parte del soberano.

En este sentido, la proclamación de estos derechos constituye un límite al poder irrestricto que ostentaban los monarcas y marca el cambio de modelo de Estado, donde el poder del gobernante es decidido por el pueblo y tiene como límite los derechos de los individuos. De este modo, se inicia la constitucionalización de los derechos como derechos fundamentales, inalienables, inherentes a su condición de seres humanos, que tienen que ser respetados y garantizados por las instituciones políticas y de gobierno.

La idea de limitar el poder a través de derechos reconocidos al individuo aparece con el tránsito hacia la modernidad, con la necesidad de evolucionar del Estado absoluto hacia el Estado moderno, que hoy es el Estado de Derecho²⁸, basado en una Constitución que regula un gobierno democrático.

²⁷ Al respecto Hunt afirma: ““petition” and “bill” both implied a request or appeal to a higher power (a bill was originally “a petition to the sovereign”), and “charter” often mean tan old documento r deed. “Declaration” had less of a musty, submissive air. Moreover, unlike “petition”, “bill”, or even “charter”, “declaration” could signify the intent to seize sovereignty.” Cfr. HUNT, Lynn; *Inventing humans rights, a history*, Norton, New York, 2007, pp. 114 – 115.

²⁸ Para el profesor Pérez Luño este modelo de Estado supone: “(...) la culminación del proceso integrador del derecho, la moral y la política. Es la forma política que supone la más completa sujeción del poder a la legalidad; pero no a una legalidad neutra abierta a cualquier contenido, sino a una legalidad legítima, en cuanto necesariamente orientada a garantizar los derechos fundamentales. (...) La ley garantiza la seguridad de los ciudadanos y a la que éstos, en reciprocidad, deben obediencia, que no es el dictado de una voluntad arbitraria o despótica, sino la expresión de la voluntad general. (...) Las leyes del Estado de derecho son normas impuestas por el poder político, pero, a la vez, constituyen garantías destinadas a amparar los *status* subjetivos de los ciudadanos. El Estado de derecho es, por tanto, la expresión de

En definitiva, el constitucionalismo se origina sobre la idea de limitar al poder también, y tiene como sus pilares el reconocimiento de derechos para el ser humano y la regulación y organización del poder²⁹, cuya actuación no puede ser contraria a los derechos fundamentales. En este contexto, se concibe la idea de que los derechos no solamente deben ser garantizados de forma individual, pues el hombre vive y se desarrolla en sociedad, razón por la cual los derechos deben poder coexistir en un sentido colectivo también. Es por ello, que desde la Declaración de 1789 se determina la posibilidad excepcional de poderlos restringir de manera legítima a través del Derecho a fin de evitar excesos y abusos de parte del gobierno. Esta concepción evolucionará con los años y pasará a desarrollarse mejor a nivel internacional para luego integrarse nuevamente a nivel constitucional.

Desde la reivindicación de derechos efectuada en estos años, y de haber pasado a consagrar a la dignidad humana, la libertad y la igualdad como valores supremos de un nuevo modelo de Estado³⁰; de haber puesto, en definitiva, al individuo como centro del actuar del poder soberano, de convertirlo

legitimidad política y jurídica en la medida en que fundamenta el poder y las normas en una inequívoca opción moral: el consenso democrático y la protección de los derechos fundamentales”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 169.

²⁹ Al respecto cabe citar lo afirmado por García sobre la finalidad de la Constitución: “1. Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2. Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder sean agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 44-45.

³⁰ Preámbulos de estas declaraciones. Al respecto Pérez afirma que “estos tres valores básicos son los que más decisivamente informan y contribuyen al despliegue de los distintos derechos concretos. La dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su integridad moral, así como su integridad física. La libertad, que sirvió de ideal reivindicativo de los derechos de la primera generación, ofrece el marco de imputación axiológica de las libertades personales, civiles y políticas. A su vez, la igualdad se explicita a través del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales (...)”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 223.

en un fin, el mundo se aletarga; pues no necesariamente todos los Estados constitucionalizan el reconocimiento de estos derechos. Es verdad que esta constitucionalización se produce con mayor énfasis en Europa después de la primera guerra mundial, no obstante, la humanidad tuvo que superar dos guerras mundiales para que el reconocimiento de los derechos de la persona volviera a reivindicarse y esta vez con mayor fuerza, al reconocerse al individuo como sujeto de Derecho a nivel internacional.

Este gran paso se consolida cuando los Estados aceptan reconocer una serie de derechos a la persona como consecuencia de su dignidad inherente; de anteponerla como centro de la labor del Estado³¹; y especialmente adoptan instrumentos internacionales de protección de ésta, asumiendo obligaciones que influyen de forma transversal en todos los aspectos jurídicos, políticos y sociales de la vida estatal, creándose así una nueva especialización del Derecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³².

³¹ Recordemos lo expresado por Maritain: “la existencia de derechos naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil el *otorgar*, sino el *reconocer* y sancionar”. MARITAIN, Jacques; “Acerca de la filosofía de los derechos del hombre” en *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunidos por la UNESCO*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1949, p.72. Citado por PÉREZ LUÑO, Antonio; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 57.

³² Peces-Barba afirma que existen tres procesos dentro de la historia de los derechos fundamentales: positivación, generalización e internacionalización. La positivación supone la toma de conciencia de la necesidad de que aquellas necesidades, exigencias, pretensiones y demás aspectos que atañen al desenvolvimiento moral del hombre, que han sido suficientemente justificadas, sean incorporadas al Derecho positivo. La generalización supone la ampliación de la titularidad de los derechos a otros sectores de la población. La internacionalización a través del cual se toma conciencia de la insuficiencia de la protección a nivel estatal que siempre puede encontrar su límite en la razón de Estado. PECES-BARBA, Gregorio; “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales” en *Escritos de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 242. Asimismo, revisar PECES-BARBA, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 150-154.

2. El desarrollo de la protección internacional de los derechos fundamentales

El primer sistema de protección de derechos a nivel internacional se inicia con la Sociedad de Naciones (SDN), como una respuesta liberal a la revolución bolchevique. Asimismo, al final de la Primera Guerra Mundial se presencié la caída del Imperio Otomano, Alemán y Austro-Húngaro. En este contexto, fue creada la Sociedad de las Naciones, en base a postulados idealistas que buscaban la seguridad colectiva y el desarme. Este pacto se fundamentó en la filosofía liberal ilustrada debido al interés común de todos los países en el mantenimiento de la paz³³.

El logro de la paz y la seguridad internacionales fue el objetivo principal de la SDN, debido a que los Estados comenzaron a admitir la existencia de ciertas obligaciones jurídicas para el uso de la fuerza. Así pues, los Estados renunciaban a la guerra como instrumento de política en sus relaciones mutuas, y se obligaban a resolver sus disputas por medios pacíficos.

En este contexto, a partir de los años veinte, surge la idea de adoptar una Declaración universal de derechos humanos. No obstante, el sistema de la SDN estuvo demasiado politizado, lo que significó un obstáculo para la implantación de un sistema de protección de derechos. Esto sucedió así, debido a que la Organización estuvo conformada por Estados soberanos celosos de su independencia y de sus objetivos nacionales; por lo que, la SDN no consiguió consolidar ninguna autoridad.

³³ Cfr. Artículos 8, inciso 1, y 11 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, firmado en Versalles el 28 de junio de 1919; entró en vigor el 10 de enero de 1920 y se extinguió el 18 de abril de 1946.

Una vez ocurrida y finalizada la segunda guerra mundial, los Estados volvieron a tomar conciencia de la necesidad de realizar acciones mucho más firmes a fin de lograr y mantener la paz y la seguridad internacionales, por lo que deciden crear una nueva organización a través de la cual se evite la comisión de más atrocidades similares a las vividas con las dos guerras mundiales.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas la comunidad internacional logró unir esfuerzos para establecer principios de convivencia universales, basados en la tolerancia; el mantenimiento de la paz; el logro del desarrollo social; la igualdad de naciones y de personas; y especialmente reafirmar el valor de la dignidad humana de la persona, y con ello, la necesidad de la protección de sus derechos fundamentales³⁴ a nivel universal.

En este contexto, el primer documento internacional que se adopta a vocación universal es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), cuyo preámbulo resalta la perspectiva internacional, histórica y conceptual de su concepción, debido a las referencias que contiene sobre las Naciones Unidas, las relaciones internacionales, y su fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana intrínseca, los derechos iguales, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, considerados como valores comunes a toda la humanidad³⁵.

³⁴ Cfr. Preámbulo y los artículos 1, inciso 1, 55 y 56 de la Carta ONU, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

³⁵ Respecto al valor de la DUDH, Gros señaló que: "Los criterios sustentados en la Declaración Universal se admiten hoy como obligatorios, ya sea como consecuencia de estimarse que constituye principios generales del Derecho Internacional o un desarrollo imperativo de la Carta, aceptado expresa y reiteradamente por la Comunidad Internacional por medio de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que proclamó estos derechos y libertades actuando como portavoz de la Humanidad. La Declaración Universal de Derechos Humanos ha dejado así de tener sólo un valor moral, para transformarse en un documento del que se deriven para los Estados deberes y obligaciones concretas". Cfr. GROS ESPIELL, Héctor; *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p.125.

De esta concepción derivan derechos absolutos e inderogables, tales como el derecho a la vida, a no ser sometido a esclavitud, a no ser torturado, al principio de legalidad, la presunción de inocencia, o el reconocimiento de la personalidad, derechos políticos como la participación en el gobierno del país, o de acceder en condiciones de igualdad a la función pública, entre otros. Del mismo modo, prohíbe las injerencias del Estado o de los demás en la vida privada, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de opinión, reunión. Asimismo, se reconocen derechos económicos, sociales y culturales a fin de garantizar la satisfacción de las necesidades vitales para una vida digna.

A parte del listado de derechos que reivindica la Declaración, se considera de especial relevancia subrayar lo dispuesto en el artículo 28. En el cual se enuncia el derecho al establecimiento de un orden social e internacional en el que los derechos proclamados se hagan efectivos. Del mismo modo, el artículo 3 establece que los DF deben ser protegidos por medio de un régimen de derecho. Lo que puede traducirse como una obligación para los Estados de generar un sistema jurídico y político que sirva de soporte para lograr dicha protección de forma efectiva³⁶.

Del mismo modo, se debe destacar que en el artículo 29 se reconoce que todas las personas tienen deberes unas para con otras a fin de poder desarrollarse libre y plenamente en comunidad; por esta razón, y en aras de lograr esta armonía entre los derechos individuales y a la vez colectivos, se

³⁶ Respecto del artículo 3 de la DUDH, Recasens Siches señala que su importancia radica en que "contiene implícitamente la distinción entre los derechos fundamentales", debido a que en la Declaración se enuncian los principios e ideales que llevan a la proclamación de los DF, lo que debe ir de la mano con un régimen de Derecho positivo vigente, en el cual tales derechos sean reconocidos y protegidos. De tal manera que cuando el Derecho Positivo no protege estos derechos, el poder público se convierte en tiránico y opresor, y que los hombres entonces pueden sentirse en la necesidad de apelar al supremo recurso de la rebelión. Cfr. RECASÉN SICHES, Luis; *Tratado General de Filosofía de Derecho*, Porrúa, México, 1981, p.557.

establece la posibilidad de imponer restricciones o limitaciones a condición de que se cumplan ciertos requisitos, tales como que estén estipuladas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. En concreto, se sienta la base jurídica que da origen a la regulación de restricciones o limitaciones permitas por el Derecho para que los DF coexistan de forma armoniosa en su dimensión individual y colectiva.

Así pues, se marca la era de la internacionalización de la protección de los derechos fundamentales; lo que vale decir que se acepta que dicha protección no corresponde solamente al Estado, sino a la comunidad internacional en su conjunto. Implica, la idea de colaboración interestatal y de una forma de supervisión de la comunidad internacional sobre los Estados para que protejan a cabalidad estos derechos³⁷.

Este reconocimiento internacional del respeto a la dignidad humana contribuirá posteriormente a erosionar el carácter interestatal del orden internacional. Así pues, se produce la humanización del Derecho internacional, debido a que dejó de ser considerado como un Derecho para los Estados y se reconoció la existencia de la persona como sujeto de Derecho³⁸.

³⁷ GROS ESPIELL, Héctor; *Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos y los derechos humanos en las relaciones Este-Oeste: la Declaración de Helsinki*, en Estudios sobre derechos humanos, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 53-76 y 77-95. Asimismo, se recomienda revisar la obra de: BUERGENTHAL, Thomas (ed.); *Derechos humanos, Derecho internacional y el Acuerdo de Helsinki*, Edisar, 1977.

³⁸ Sobre este tema se puede revisar: KELSEN, Hans; *Principios de Derecho internacional Público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 94. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p.215. VERDROSS, Alfred; *Derecho Internacional Público*, Editorial Aguilar, Madrid 1982, p. 10. NARANJO MESA, Vladimiro; *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 208. GAVIRIA LIÉVANO, Enrique; *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá, 1998, p. 48.

Desde su adopción, la DUDH se convirtió en el texto de referencia para los Estados respecto de la protección de los derechos fundamentales. Por ello, fue incorporada a diversas Constituciones nacionales, especialmente las europeas. Hasta la entrada en vigor del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) y el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (PIDESC) en 1976, la DUDH tuvo una amplia práctica internacional. Razón por la cual es considerada como la expresión de un Derecho internacional consuetudinario, que enuncia principios jurídicos generales sobre la protección de los DF, y continúa siendo el referente principal de tales principios en los diversos instrumentos internacionales adoptados en la actualidad.

Del mismo modo, en los dos Pactos³⁹ se vuelve a reiterar la importancia de respetar la dignidad humana, considerada como la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Por ello, vuelven a reafirmar que la persona tiene derechos inalienables y que el Estado tiene la obligación de promover el respeto universal y efectivo de tales derechos⁴⁰.

Ahora bien, respecto a los instrumentos regionales de protección de los derechos fundamentales que también se adoptaron en la etapa de la post segunda guerra mundial, se aprecia que, en el Convenio Europeo de Derechos

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando; *Derecho Internacional Público*, Centro Editorial Javeriano - CEJA, Bogotá, 1998, p. 154.

³⁹ Durante los debates para la adopción de los Pactos ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Eleanor Roosevelt señaló acerca de dichos instrumentos: “Los Pactos de Derechos Humanos son parte de un esfuerzo internacional diseñado para familiarizar al mundo con las ideas de la libertad y la necesidad vital de su preservación y extensión. Tal esfuerzo es indispensable actualmente cuando los conceptos totalitarios se difunden vigorosamente no sólo por los comunistas sino por los remanentes del nazismo. La campaña de las Naciones Unidas para promover los derechos humanos debe continuarse y desarrollarse con éxito para preservar nuestro modo de vida libre”. Cfr. Citada en SIMSARIAN, James; “Progress in drafting two covenants on human rights in the United Nations”, en *American journal of international law*, The American Society of International Law, vol. 46, Washington, 1952, pp. 710 – 718.

⁴⁰ Cfr. Preámbulos y el artículo 2 de los dos Pactos. Adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El PIDCP entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y el PIDESC entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, los Estados volvieron a reconocer que están obligados a proteger y respetar los derechos fundamentales, a fin de mantener la justicia y la paz en un régimen democrático, en razón de lo cual afirmaron que su protección debe ser universal⁴¹.

En el mismo sentido, los Estados americanos reconocieron que los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, por lo que requieren de una protección internacional⁴², que debe consolidarse por medio de un régimen democrático; lo que ha sido reiterado en la Carta Democrática Interamericana⁴³.

En este breve recuento de la evolución de la protección de los derechos fundamentales subraya que los derechos fundamentales han sido concebidos como valores universales, aplicables a diferentes contextos y situaciones sociales y culturales; cuya efectividad a nivel universal solamente se puede lograr a través de la implementación de un Sistema político y jurídico que determine las obligaciones que los Estados deben respetar, sin por ello, olvidar que también la cooperación, el reconocimiento de primacía de ciertos intereses comunes como la paz, o el logro de una calidad de vida digna para las personas en las diferentes regiones del planeta son cuestiones centrales que contribuyen a lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales.

⁴¹ Cfr. Preámbulo y artículo 1 del Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales.

⁴² Cfr. Preámbulo, artículos 1 y 2 de la Convención Americana de derechos humanos, del 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978.

⁴³ Aprobada en la primera sesión plenaria de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, donde los Estados reafirman lo expresado en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y vuelven a reconocer que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención; establecen una Carta de 28 artículos en la que los Estado se comprometen a garantizar la democracia en la Región.

3. Algunas reflexiones sobre la postura de la cual se parte para realizar la presente investigación

El reconocimiento universal de la protección de los derechos fundamentales trae consigo no solamente, la trascendental declaración del individuo como centro de todo el actuar del Estado, y posteriormente de la comunidad internacional, sino que, además, produce el cambio de organización del Estado.

Así, con las primeras declaraciones se pasa del modelo de Estado absoluto al liberal, que en el caso del modelo inglés rechaza el poder absoluto del monarca y se lo atribuye al Parlamento. En cambio, el modelo americano asume la idea de un Estado liberal en el que la continuidad de un monarca es completamente rechazada; pues es el pueblo mismo el que debe decidir su gobierno y autogobernarse. En el caso francés, también se deshecha la idea del gobierno monárquico y se produce el cambio de modelo de Estado, basado en la nueva organización política y social, en un pacto social en el que los ciudadanos tienen la soberanía para decidir la organización social, política y jurídica en la que se desarrollarán.

En estos tres modelos de protección de derechos fundamentales, con sus diferencias, debido a los contextos históricos y sociales diversos que los inspiraron, se encuentran similitudes, fundadas en los principios comunes que consagran, tales como la limitación del absolutismo del soberano y la conquista de un sistema de garantías frente al poder político que reconoce la protección

de derechos a favor de la persona⁴⁴ de forma absoluta sin que se conciba el establecimiento de un sistema de restricciones regulado por el Derecho.

Estas declaraciones que fueron progresivamente integrándose a los textos constitucionales, plantearon en un inicio cierta problemática respecto a la importancia del Derecho natural, anterior al Estado, que debe ser reconocido y declarado por el Estado, y el Derecho establecido para regular la vida de éste enunciado en un texto constitucional.

De forma contemporánea, aparece el modelo de Estado socialista que reafirma la incorporación de elementos igualitarios en el disfrute de los DF; es decir que, busca el reparto igualitario de bienes que posibiliten el desarrollo integral de la persona. Posteriormente se dará paso al modelo de Estado democrático, que no necesariamente busca limitar el poder, sino que, por el contrario, promueve la participación de los ciudadanos en el gobierno.

Una vez que la comunidad internacional decide reconocer al individuo como sujeto de derecho y reivindica la proclamación de sus derechos fundamentales, de manera que su protección no queda más al libre albedrío del Estado, sino que, por el contrario, se le reconoce una superioridad sobre éste, será, entonces, el modelo democrático, el que, en su mayoría, se considere como el modelo de Estado que tiene como base la protección de los DF. Así pues, para medir la existencia de democracia en un Estado, el nivel de garantía y

⁴⁴ La razón que aduce Peces-Barba para explicar por qué los derechos fundamentales son un concepto propio de la modernidad, es la de que “las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad, por ejemplo, sólo se empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica. Antes existía una idea de dignidad, de la libertad o de la igualdad, que encontramos dispersa en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, pero éstas no se unificaban en ese concepto”. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 113 -114. Hasta que la proclamación de estas declaraciones va a reivindicar este pensamiento.

protección de los DF se convierte en una de los estándares principales con los que un Estado debe cumplir.

En un contexto así, el reconocimiento de estos derechos implica el reconocimiento de valores fundamentales básicos y universales para la convivencia social y política de la humanidad. Fundar todo este sistema en el reconocimiento de la dignidad humana significa que los Estados garantizan que las personas no volverán a ser objeto de humillaciones, ni que podrán ser degradadas por ningún tipo de interés; sino que, por el contrario, todo el sistema estatal se organiza de manera que pueda garantizar el desarrollo de la personalidad de cada integrante de la sociedad. Esta evolución jurídica, significa que cada persona tiene respeto por su individualidad o autodeterminación, sin que ello atente contra valores comunes que se deben respetar en la convivencia colectiva.

Ahora bien, los textos internacionales anteriormente citados, dan cuenta de que tras la Segunda Guerra Mundial la doctrina, la jurisprudencia y las Constituciones nacionales recuperan la idea de los derechos fundamentales como parte de un Sistema de valores común aceptado por consenso, es decir universal. Teniendo presente la idea de este Sistema en un sentido iusnaturalista que definitivamente influye en el ordenamiento jurídico positivo de los Estados.

Aparece así, un Sistema internacional de protección de los derechos de la persona fundado en determinados valores consensuados por la comunidad internacional. Los que deben reflejarse fronteras adentro de cada Estado, a través de los textos constitucionales. Uno de estos valores es el reconocimiento de la dignidad humana como inspiradora del Sistema internacional,

posteriormente incorporado en la mayoría de Constituciones en el mundo. En este sentido, los valores pueden ser entendidos en un sentido sociológico, como determinados valores vividos como tales por una comunidad.

Para Smend⁴⁵ cada comunidad determina cuáles son los valores que fundamentan la legitimidad de su Constitución y los dota de contenido viviéndolos y practicándolos. Así pues, este autor considera a los valores que inspiran un Sistema de protección de derechos como subjetivos y dinámicos. Por otro lado, Dürig⁴⁶ plantea, que los valores que inspiran un Sistema tienen carácter objetivo. Lo que equivale a decir que, los valores son válidos con independencia de que sean vividos y observados por la comunidad y que tienen carácter inmutable.

En este sentido, se considera que a fin de que los valores no sean etéreos y se conviertan en algo alcanzable se hace siempre necesario un soporte político y jurídico. Este razonamiento, se apoya en lo expresado por el profesor Pérez, quien manifiesta que “los derechos humanos representan el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁴⁷. Lo que se traduce en que el sistema de valores que inspira la protección de los DF debe verse siempre reflejado en el fundamento de las normas positivas y los mecanismos que se adopten para regular la protección de los mismos.

⁴⁵ Cfr. la obra de SMEND, Rudolf; *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985.

⁴⁶ DÜRIG, Gunter; “Los derechos fundamentales como sistema de valores” en ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio; *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, pp. 96 - 103.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 222.

Por ello, considero que el planteamiento de los instrumentos internacionales a los que se hizo referencia, postula esta idea de valores objetivos, inmutables – siguiendo el pensamiento de Dürig– basados en la dignidad humana. En este sentido, me sumo a la corriente de pensamiento que asume que la inspiración del Sistema internacional es de concepción iusnaturalista, pues proclama la protección de la persona en virtud de su dignidad, como un valor que no es creado por el Derecho positivo, sino reconocido por éste.

Así pues, la dignidad humana se constituye como un valor que inspira este Sistema de protección de los DF, su contenido está predeterminado y está reconocido por el derecho positivo como valor. Siguiendo el pensamiento de Dürig⁴⁸, la dignidad humana es un valor, no un derecho; ya que, para proteger el bien de la dignidad humana, no solamente se establecen obligaciones de las que determinadas personas puedan beneficiarse, atribuyéndoles facultades de acción para que puedan reclamar su cumplimiento. Este valor, fundamenta la razón de existencia del Sistema y se convierte además en criterio interpretativo de todos los derechos fundamentales a los que se les reconoce protección, ya sea en un instrumento internacional o en una Constitución a nivel interno.

Del mismo modo, se puede afirmar que la libertad y la igualdad, además de ser considerados como derechos fundamentales reconocidos y no creados por el Derecho, son también valores esenciales que inspiran la protección de los DF. A través de los instrumentos internacionales detallados, es posible afirmar que; tanto la dignidad, la libertad y la igualdad, son valores universales comunes, reconocidos por consenso en la comunidad internacional como tales.

⁴⁸ DÜRIG, Gunter; “Los derechos fundamentales como sistema de valores” en ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio; *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, pp. 96 - 103.

Sobre éstos se funda un Sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales, que, desde mi punto de vista, debe integrar el Derecho internacional de los derechos humanos con el Derecho interno, concretamente con el Derecho constitucional. Es decir que, esos valores deben encontrarse presentes en las Constituciones que rigen los Sistemas jurídicos estatales, y desde ahí irradiarse a todas las normas que forman los sistemas jurídicos nacionales.

Estas reflexiones, que imagino serán consideradas extensas desde un punto de vista metodológico, han sido para mí necesarias, a fin de centrar al lector en el planteamiento general en el que se realiza esta investigación, que ha sido mostrar la evolución del reconocimiento jurídico de los DF a nivel interno, en un primer momento, y su posterior extensión a nivel universal como consenso de la comunidad internacional. En este contexto, los DF han pasado de ser considerados como derechos absolutos sin ninguna posibilidad de restricción, a fin de evitar los excesos del poder estatal, hasta concientizarse de su doble dimensión individual y colectiva que conlleva la necesidad de ser armonizada para proteger cabalmente a la persona. Razón por la que, en su reconocimiento universal, se asume la necesidad de que ambas dimensiones coexistan de forma armoniosa, a través de la posibilidad excepcional de que se impongan restricciones o limitaciones permitidas por el Derecho a condición de que se cumplan ciertos requisitos. En esta parte no se entrará en más detalle, pues el tema de las restricciones o limitaciones permitidas a los DF se del desarrollará en extenso en el segundo capítulo.

El planteamiento de integración entre el DIDH y el Derecho interno como un único Sistema de protección para los DF, implica tratar de lograr una

coherencia de derechos, obligaciones y deberes que se refleje en las normas. Con el objetivo último de que, dichas normas proporcionen una solución efectiva a casos concretos que se presenten en la realidad, y eviten que éstas sean incongruentes entre sí. Como la perfección no existe, y todo Sistema puede tener fallas, pero todo puede ser perfectible, la unidad y coherencia se logra con la creación de mecanismos de supervisión que ofrezcan alternativas, en el caso de que se presenten algunas incongruencias.

Para lograr esto, a nivel internacional la protección de los DF se asegura a través de un control supranacional al que los Estados han accedido en ejercicio de su soberanía. Pese a que los derechos fundamentales han sido aceptados como universales en diferentes instrumentos internacionales, su protección judicial se ha logrado a través de sistemas regionales supranacionales, dentro de los cuales se han creado organismos complementarios, como Tribunales de derechos humanos, que supervisan que los Estados cumplan sus obligaciones de protección de los DF.

Como la investigación propone una comparación entre dos Tribunales supranacionales de derechos humanos, se considera pertinente en este capítulo introductorio hacer referencia al contexto en que se desarrollan y estructuran los dos Sistemas regionales supranacionales que se compararán.

II. Sistema de Protección de los derechos fundamentales a nivel supranacional

Conforme se ha señalado a partir de la segunda guerra mundial, cuando se reconoce a los individuos como sujetos de Derecho, tanto a nivel internacional

como a nivel interno, se produce la denominada internacionalización de los Derechos humanos que da origen al Derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En este contexto, la protección de estos derechos aparece como la dimensión subjetiva que hizo del individuo el centro y la justificación de toda organización política, que rechazó ver al Estado como un fin en sí mismo que fuera más trascendente que los derechos e intereses de cada uno de sus miembros; considerándose al ejercicio del poder como un proceso que tenía su punto de partida en la voluntad de ciudadanos iguales⁴⁹.

El valor de esta protección tiene como fundamento esencial y natural la dignidad humana, razón por la que son inherentes a la persona y no una simple concesión de los Estados. Lo cual quedó plasmado en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵⁰, donde se afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo, se determina en el artículo 28 que

⁴⁹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis; *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2007, p. 28. Esta afirmación se corrobora con lo expresado en los Preámbulos de los diferentes instrumentos de derechos humanos adoptados por los Estados: Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (...) Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: Los Estados Partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, (...) Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966: Los Estados partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, (...).

⁵⁰ La Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó y proclamó por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

“toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”⁵¹. De esta manera, quedó consolidada la idea de que el reconocimiento de los derechos a toda persona y la garantía de su protección efectiva tienen un sentido universal.

En este contexto, el DIDH se ha establecido y se ha desarrollado con la finalidad de preservar un orden mundial centrado en que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. Por ello, los tratados de derechos humanos que integran el DIDH establecen un Sistema en el que se reconocen derechos para las personas y se determinan obligaciones para los Estados; y, asimismo, estipulan mecanismos de protección y de supervisión de su cumplimiento⁵².

En mérito al DIDH, los Estados que ratifican los diferentes tratados en la materia asumen la obligación general de “respetar los derechos y libertades reconocidos (...) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza,

⁵¹ Esto ha sido replicado en el preámbulo de los Pactos internacionales de 1966, en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: “Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (...) Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal; (...)”; en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;”.

⁵² Lo cual es determinado por el mismo tratado, puede tratarse de un sistema de supervisión basado en la presentación de informes, el establecimiento de Comités ante los cuáles se pueden presentar peticiones; o establecen Comisiones y Tribunales internacionales de derechos humanos.

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...) los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁵³.

En este sentido, la obligación de respetar consiste en que el Estado y cualquiera de sus agentes debe cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación⁵⁴. La obligación de garantía implica que el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe implementar acciones positivas. Estas acciones son todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades⁵⁵.

Ello implica, adoptar leyes que faciliten la integración de los derechos humanos a nivel interno o tipificar conductas violatorias de estos derechos como crímenes que puedan sancionarse a nivel nacional⁵⁶.

⁵³ Esta es una cláusula estándar de los diferentes tratados de derechos humanos: PIDCP artículo 2; PIDESC artículo 2, Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) artículos 1 y 2; Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) artículo 1; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes artículo 2; Convención sobre los Derechos del Niño artículo 2; entre otros.

⁵⁴ Cfr. GROS ESPIELL, Héctor; *La convención americana y la convención europea de derechos humanos. Análisis comparativo*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 65. NASH ROJAS, Claudio; *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009, p. 30.

⁵⁵ Cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia; *La convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 17.

⁵⁶ Es el caso del Derecho Internacional Humanitario (DIH) conforme a lo establecido en los cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 (CG): CGI artículo 49; CGII artículo 50; CGIII artículo 129; CGIV artículo 146, que de modo similar establecen: En los Convenios y en el Protocolo se prevé que los Gobiernos tomarán todas las medidas legislativas necesarias para determinar las sanciones penales adecuadas que han de aplicarse a las personas que cometan o den la

La obligación general de respetar los derechos humanos es una obligación *erga omnes*⁵⁷; por lo que, ante cualquier incumplimiento, el Estado es el único sujeto responsable, mientras que los individuos se constituyen en sujetos pasivos o titulares del derecho de reparación como consecuencia de la responsabilidad internacional⁵⁸.

Así pues, el DIDH busca establecer un orden internacional de protección de los derechos de las personas, el cual se fortalecerá solamente con la integración de estos derechos en el ámbito nacional, en el ordenamiento jurídico de los

orden de cometer cualquiera de las infracciones graves; buscarán a las personas acusadas de haber cometido o de haber dado la orden de cometer esas infracciones incluidas las que resulten de una omisión contraria a un deber de actuar. Los jefes militares deben velar por impedir las infracciones contra los Convenios y el Protocolo, y, en caso necesario, reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes.

Lo mismo sucede en el caso del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional como jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales, conforme a lo establecido en su artículo 1, lo cual implica que es el Estado el primer llamado a juzgar los crímenes tipificados por el Estatuto, por lo tanto, será necesario que los Estados que ratifiquen el Estatuto realicen las modificaciones pertinentes de su derecho penal.

⁵⁷ Así se ha establecido en la Observación general N° 31: "(...) todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que "las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana" son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales." Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS; *Observación General N° 31*, Aprobada en la 2187ª sesión, 80º período de sesiones, 29 de marzo de 2004, párrafo 2.

⁵⁸ Como señala Asdrúbal Aguiar, las obligaciones *erga omnes* tienen efectos triangulares, es decir, las asume cada Estado frente a la comunidad internacional como un todo; frente a cada uno de los demás Estados partes en las convenciones; y frente a todos los individuos (nacionales y extranjeros) sujetos a su jurisdicción como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales en la materia. Cfr. AGUIAR, Asdrúbal; *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997, p. 187. Ver además GROS ESPIELL, Héctor; "Responsabilidad del Estado y responsabilidad penal internacional en la protección de los derechos humanos", en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, vol. I, Corte IDH, San José, 1998, pp. 111–122. Del mismo modo lo expresa Nogueira al afirmar que "las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si el Estado es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituye para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente por sobre las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos los artículos 26 y 31.1, por una parte, y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda* y *bonna fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no interponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales", en FERRER MACGREGOR, Eduardo; *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012, pp. 331-389, en este caso ver la p. 332.

Estados y especialmente en su aplicación transversal a todas las esferas de la vida humana.

Por ello, es necesario que los Estados incorporen las normas de DIDH en su ordenamiento jurídico interno⁵⁹ para asegurar su efectivo cumplimiento, lo que se traducirá en que el individuo como titular de estos derechos y libertades fundamentales pueda exigirlos ante cualquier órgano del Estado, que se ha obligado a reconocerle y garantizarle su pleno ejercicio y goce⁶⁰.

En este contexto, es fundamental que los Estados conozcan con exactitud la dimensión de las obligaciones asumidas al ratificar un tratado de derechos humanos, lo cual no se agota solamente en el estudio de las normas del tratado, sino que es sumamente necesario que se complemente con el desarrollo de la jurisprudencia de los órganos establecidos por el mismo tratado y la doctrina internacional en la materia.

⁵⁹ Es indispensable que los ordenamientos constitucionales regulen la garantía de la inviolabilidad de la dignidad humana como garantía constitucional de protección absoluta frente a quien quiera que sea y como protección general ante toda intromisión; lo cual impone al Estado el deber de respetar la dignidad humana, y otorga a cada individuo el derecho de exigir a la administración estatal la omisión de todas las acciones que menoscaben su dignidad. Cfr. MAINHOFER; Werner; *Estado de derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 29.

⁶⁰ En este sentido, Efraín González Luna enseña que el estado de derecho es donde las personas conservan, promueven y realizan lo justo objetivo que se les debe, y no tanto por la cantidad de leyes que se tengan o las facultades que se les dé a los particulares. Esta precisión nos puede ayudar a saber qué tan eficaz es un sistema jurídico para proteger derechos humanos: una cosa será el derecho humano en sí mismo, otra la garantía o promesa del Estado de proteger ese derecho mediante la norma constitucional, y por último el mecanismo de reclamación en caso de que la garantía no sea eficaz y el derecho sea vulnerado por autoridades y particulares. Si faltara alguno de estos tres elementos, el sistema de protección de derechos estaría condenado al fracaso. Cfr. GONZÁLEZ LUNA, Efraín; *Temas de filosofía del derecho*, Universidad Iberoamericana/Noriega, México, 2003, pp. 22- 23. Al respecto Medina ha señalado: “Un orden internacional de protección de los derechos humanos (...) pretende como fin último el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en su práctica”. “Ese propósito (...) debe traducirse en un mayor cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, en tanto constituyen un orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser de interés de todos los Estados que participan en el sistema”. MEDINA QUIROGA, Cecilia; “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José, 2005, pp. 207-270, en particular, pp. 208 y 210.

A fin de lograr este objetivo, que debería traducirse en un mayor y mejor cumplimiento de las obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos fundamentales, se considera pertinente realizar una breve descripción de los sistemas de protección de derechos dentro de los cuales se enmarca la presente investigación.

1. Los sistemas de protección de derechos humanos

El propósito de esta parte es meramente expositivo respecto de los Sistemas regionales con más antigüedad que existen y sobre los que se realizará la comparación: europeo e interamericano.

En concreto, no se profundiza en la problemática que puede existir en cada uno de estos Sistemas; solamente se presenta su funcionamiento de manera descriptiva, a fin de tener una imagen general de su actividad, sin abordar las carencias o cuestionamientos que se les pueda atribuir, temas que desbordarían con creces el objeto de estudio de esta sección.

El objetivo final, es precisar las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar los tratados que crean los Sistemas; y señalar que cada uno cuenta con órganos supranacionales encargados de interpretar los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales.

a. Sistema europeo de derechos humanos (SEDH)

Es considerado el más antiguo de los tres sistemas⁶¹. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁶².

Por medio de este instrumento internacional, los Estados miembros del Consejo de Europa, inspirados en la DUDH, reafirman “su profunda adhesión a las libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo”, todo lo cual se basa en “en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen” y por ello, se comprometen a “reconocer a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio”⁶³. Asimismo, se considera que

⁶¹ Es el primer sistema que se busca concretizar los derechos y libertades contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, teniendo en cuenta a nivel universal esto sucede con la adopción en 1966 de los Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, es el primer sistema que dispone la creación de un Tribunal supranacional encargado de velar por el cumplimiento de la protección de los Derechos por parte de los Estados.

⁶² El CEDH quedó abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de setiembre de 1953 al obtener 10 ratificaciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 59 inciso 3 de dicho instrumento internacional. Información obtenida en la página web del Registro de Tratados del Consejo de Europa: Ver: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=01/05/2015&CL=ENG>. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁶³ Cfr. El preámbulo y el artículo 1 del CEDH. En el Título I se reconocen y garantizan derechos civiles y políticos no solo a los nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa sino también a toda persona bajo la jurisdicción de dichos Estados con independencia de su nacionalidad.

El texto del Convenio ha sufrido diversas modificaciones a través de los años por los Protocolos N° 2 y 3, que entraron en vigor el 21 de septiembre de 1970; posteriormente por el Protocolo N° 5, que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y finalmente por el Protocolo N° 8, que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo N° 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Con ello quedó derogado el Protocolo N° 9, que estaba en vigor desde el 1 de octubre de 1994; y el Protocolo N° 10 quedó sin objeto. Las últimas modificaciones del Convenio se han dado con la entrada en vigor del Protocolo N° 14 el 1 de junio de 2010. Última versión del Convenio Europeo de Derechos Humanos publicada en la página web del Consejo de Europa: Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

Aún quedan pendientes algunas modificaciones: Protocolo N° 15.- Respecto a la introducción del principio de subsidiariedad en el margen de apreciación de los Estados parte, conforme lo dispone el artículo 1.- “At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows:

el CEDH tiene un rol central como instrumento constitucional para salvaguardar el orden público en Europa⁶⁴.

Desde la entrada en vigor del CEDH, el Sistema contaba con tres órganos de control: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Ministros. Las funciones y procedimientos de estos órganos son brevemente detallados a continuación.

La **Comisión Europea de Derechos Humanos** estuvo integrada por el mismo número de miembros que el de los Estados parte al Convenio. Su labor consistió en evaluar las peticiones sometidas por cualquier persona, grupo de personas, Estados parte u organizaciones no gubernamentales que alegaran

“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.”.

Asimismo, el artículo 4 estipula la reducción del plazo para recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 a 4 meses contados desde la decisión interna definitiva.

Artículo 4.- In Article 35, paragraph 1 of the Convention, the words “within a period of six months” shall be replaced by the words “within a period of four months”.

Ver Protocolo N° 15 publicado en la página web del Consejo de Europa:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282012%29166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>. Última visita 11 de mayo de 2016.

El Protocolo N° 16 permitirá que los altos tribunales nacionales puedan recurrir al Tribunal para solicitar una opinión consultiva respecto a la aplicación o interpretación de los derechos y libertades definidos en el CEDH y sus Protocolos, conforme lo establece el artículo 1.- “1 Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.

2 The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.

3 The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case”.

Ver Protocolo N° 16 publicado en la página web del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/214.htm>. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁶⁴ Así lo afirmó el Consejo de Ministros: “The Committee of Ministers, Recalling that the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as “the Convention”) must continue to play a central role as a constitutional instrument for safeguarding public order in Europe;”. Cfr. COMMITTEE OF MINISTERS; *Resolution Res (2002)59, concerning the practice in respect of friendly settlements*, adopted on 18 December 2002, 822nd meeting of the Ministers’ Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=331569&Lang=en>. Última visita 11 de mayo de 2016.

una violación de los derechos reconocidos por el CEDH, previo agotamiento de los recursos nacionales.

Una vez verificado esto, la Comisión en pleno procedía a examinar el fondo del asunto, ensayando en primer lugar la posibilidad de un arreglo amistoso, a falta del cual emitía un informe en el que determinaba la existencia o no de una violación a los derechos contenidos en el CEDH.

Posteriormente, este informe se trasmitía al Consejo de Ministros, que debía decidir su posterior referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que, la Comisión actuaba como una especie de filtro de los casos que eran finalmente revisados por el TEDH⁶⁵. A partir de la vigencia del Protocolo Nº 11, la Comisión queda suprimida y el procedimiento se judicializa completamente al permitirse que las demandas sean presentadas directamente al TEDH⁶⁶.

El ***Tribunal Europeo de Derechos Humanos*** ha enfrentado en los últimos años un incremento acelerado de casos pendientes de resolución, lo que se tradujo en el aumento del tiempo de espera para obtener una decisión. Lo que se consideró una amenaza para el mecanismo judicial de protección de los derechos en el continente europeo, así como para la habilidad del TEDH de procesar su carga de trabajo.

⁶⁵ Conforme lo establecía el CEDH en la versión anterior a la reforma efectuada por el Protocolo Nº 11. El Todo lo relacionado a la labor de la Comisión y el proceso que se desarrollaba ante ella se encontraba regulado en las Secciones II y III, artículos 19 a 37 del CEDH. Esta versión original puede ser consultada en la página web del Consejo de Europa: http://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1950_Convention_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁶⁶ El artículo 1 de este Protocolo suprime las Secciones II a IV del CEDH y las reemplaza por una nueva Sección II que comprende los artículos 19 a 51 donde se regula todo lo relativo a la organización y competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Protocolo puede ser revisado en la página web del Consejo de Europa: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm>. Última visita 11 de mayo de 2016. Desde esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión. La Comisión continuó sus funciones un año después, hasta el 31 de octubre de 1999, para desahogar los casos que había declarado admisibles con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Protocolo.

Así pues, el número de aplicaciones registradas en 1981 fue de 404, en 1997 se incrementó a 4,750, y a finales del año 2003 había 65,000 demandas pendientes de resolución. Un promedio del 96% de los casos resueltos en dicho año fueron declarados inadmisibles o archivados. Un 60% de las sentencias emitidas se referían a casos repetitivos. Para el año 2006, 89,000 demandas se encontraban pendientes. De éstas, 24,650 comunicaciones individuales esperaban regularización como aplicaciones. El 90% de los casos resueltos en dicho año fueron también declarados inadmisibles⁶⁷.

Debido a la sobrecarga del TEDH por demandas consideradas inadmisibles y el examen de demandas repetitivas, el Consejo de Europa decidió adoptar diversas reformas contenidas en el Protocolo N° 14. Estas medidas están dirigidas a reducir la acumulación de demandas y acelerar el proceso de evaluación de los casos. En este sentido, no se buscó transformar radicalmente la labor del Tribunal, sino dotarlo de más flexibilidad, a través de instrumentos procesales que le permitan tramitar las demandas en un plazo razonable, con la finalidad de que disponga de más tiempo para las demandas que requieran una evaluación sobre el fondo⁶⁸.

⁶⁷ Teniendo en cuenta que desde el año 2004 son 800 millones de personas pertenecientes a los Estados miembros los que pueden tener acceso a esta jurisdicción internacional. Como consecuencia de la afluencia masiva de demandas individuales, la efectividad del sistema, y con ello la credibilidad y autoridad del Tribunal, están seriamente en peligro Cfr. THE RIGHT HONOURABLE THE LORD WOOLF; *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, December 2005, pp. 7 – 8. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; *Analysis of Statistics 2006*, párrafos 12 – 14. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2006_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁶⁸ Cfr. Ministers' Deputies, Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203, 979bis Meeting, 15 November 2006, párrafos 29 - 37. Las medidas de mejora de los procedimientos del TEDH fueron acogidas con beneplácito por el Tribunal. Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; *Opinion of the Court on the Wise Persons' Report*, adopted by the Plenary Court on 2 April 2007. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/2007_Wise_Person_Opinion_ENG.pdf. Última visita 11 de

En este contexto, en la Conferencia de Interlaken⁶⁹ se estableció el Plan de Acción respecto de las mejoras introducidas al SEDH por el Protocolo N° 14 al CEDH, que entró en vigor el 1º de junio de 2010. La implementación de dichas reformas es evaluada desde el año 2011. Las Conferencias de Izmir⁷⁰ y Brighton⁷¹ continuaron con esta evaluación, que debe finalizar en 2019. Al cabo de ese plazo se tendrá que decidir si es necesario seguir implementando cambios para asegurar el futuro del TEDH.

En definitiva, las reformas efectuadas tienen la finalidad de conseguir la efectividad a largo plazo del SEDH, a través de medidas de refuerzo de la subsidiariedad del Tribunal. Esto requiere que los Estados cumplan eficazmente su obligación de proteger los derechos a nivel interno y de implementar las medidas necesarias para reparar cualquier violación cometida, especialmente las cuestiones sobre las que existen sentencias dictadas por el TEDH. Asimismo, se busca consolidar la legitimidad del TEDH, descargándolo de los casos repetitivos, a fin de que pueda enfocarse en los casos que contienen nuevos retos para el SEDH y que requieren que se precisen medidas que logren reformas estructurales, y especialmente cumpla su obligación de

mayo de 2016. Sobre el futuro del TEDH a raíz de las reformas propuestas es interesante revisar lo expresado por el conocido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor; "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, México, 2006, pp. 1105-1155.

⁶⁹ Desarrollada del 18 al 19 de febrero de 2010 respecto al futuro de I Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual se adoptó la Declaración de Interlaken. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁷⁰ Desarrollada del 26 al 27 de abril de 2011 respecto al futuro de I Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual se adoptó la Declaración de Izmir. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁷¹ Desarrollada del 19 al 20 de abril de 2012 respecto al futuro de I Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual se adoptó la Declaración de Brighton. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

emitir fallos coherentes que guíen a las autoridades y jueces nacionales a interpretar e implementar de forma adecuada el CEDH⁷².

Las reformas más significativas del Protocolo 14 son resumidas a continuación:

- Nombramiento de los jueces por un único periodo de nueve años, en lugar de seis años, es decir sin posibilidad de reelección.
 - Competencia de jueces individuales o únicos para declarar la inadmisibilidad de demandas individuales, sin que exista recurso alguno.
- Ante la duda, este juez remite el asunto a un comité de jueces o a la Sala, pues no tiene competencia para pronunciarse sobre el fondo. El juez que haya sido nombrado por un Estado parte en la demanda, está impedido de examinar ninguna demanda en su contra. No puede

⁷² Esto ha sido expresado así en las Conferencias llevadas a cabo para analizar las soluciones a la problemática que enfrenta el TEDH, obteniéndose como resultado las Declaraciones de Interlaken del 19 de febrero de 2010, la Declaración de Izmir del 27 de abril de 2011 y la declaración de Brighton del 20 de abril de 2012. A continuación, se citan las partes pertinentes de la Declaración de Brighton que reafirman las intenciones adoptadas en las Declaraciones de Interlaken e Izmir.

“7. The full implementation of the Convention at national level requires States Parties to take effective measures to prevent violations. All laws and policies should be formulated, and all State officials should discharge their responsibilities, in a way that gives full effect to the Convention. States Parties must also provide means by which remedies may be sought for alleged violations of the Convention. National courts and tribunals should take into account the Convention and the case-law of the Court. Collectively, these measures should reduce the number of violations of the Convention. They would also reduce the number of well-founded applications presented to the Court, thereby helping to ease its workload.

14. The admissibility criteria in Article 35 of the Convention define which applications the Court should consider further on their merits. They should provide the Court with practical tools to ensure that it can concentrate on those cases in which the principle or the significance of the violation warrants its consideration. It is for the Court to decide on the admissibility of applications. It is important in doing so that the Court continues to apply strictly and consistently the admissibility criteria, in order to reinforce confidence in the rigour of the Convention system and to ensure that unnecessary pressure is not placed on its workload.

17. In light of the importance of the right of individual application, the Court must be able to dispose of inadmissible applications as efficiently as possible, with the least impact on its resources. The Court has already taken significant steps to achieve this within the framework of Protocol No. 14, which are to be applauded.

26. Each State Party has undertaken to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are a party. Through its supervision, the Committee of Ministers ensures that proper effect is given to the judgments of the Court, including by the implementation of general measures to resolve wider systemic issues” Cfr. COUNCIL OF EUROPE; *Reforming the European Convention on Human Rights, Interlaken, Izmir, Brighton and beyond*, Council of Europe, march 2014, pp. 33 – 38; 61 -68; 89 -102.

declarar la inadmisibilidad en base a estos nuevos criterios hasta que se haya desarrollado jurisprudencialmente el sentido de éstas.

- Inclusión de la figura jurídica del juez *ad hoc*, que puede ser nombrado por un Estado parte en un caso. Este juez tiene derecho a formar parte de la Sala y de la Gran Sala. Es seleccionado de un listado de jueces puesto a disposición del Presidente del TEDH.
- Criterios de admisibilidad más rigurosos, que implican la gravedad de la violación, pues se exige que el demandante haya sufrido algún perjuicio importante que amerite, en virtud del respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos, un examen del fondo de la demanda⁷³, siempre y cuando el caso haya sido sometido a un Tribunal nacional. Asimismo, se establece el rechazo de las demandas reiterativas, o planteadas ante otra instancia internacional⁷⁴.

⁷³ Esta reforma incluye la cláusula denominada: “de minimis”; la que implica que el TEDH pueda declarar inadmisibile cualquier demanda cuando valore que el demandante no ha sufrido un daño significativo; es decir que, la transgresión de los derechos previstos en el Convenio, aun siendo real desde una perspectiva puramente jurídica, ha de alcanzar un nivel mínimo de gravedad que justifique el examen de la misma por parte de un Tribunal internacional. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; “El Protocolo numero 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 56, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 141 -150. Esta condición de admisibilidad se prevé en el artículo 35.3.b del CEDH y su inclusión se juzgó necesaria para hacer frente a la gran cantidad de demandas presentadas ante el TEDH, que prácticamente colapsaron el sistema instaurado por el Convenio. Cfr. CEBADA ROMERO, Alicia y RAINER, Nickel; “El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia el Protocolo 15?”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (Coord); *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, pp. 237-274. Sobre este tema se recomienda revisar: EATON, Martin; “The new judicial filtering mechanism: introductory comments”, en *Reforming the European Convention on Human Rights: Work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 251 – 254. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia; “La protección de los derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al CEDH” en *Revista Española de Derecho Europeo* Nº 36, Civitas, Madrid, 2010, pp. 487 – 519. CANO-PALOMARES, Guillem; “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al CEDH”, en *Revista Española de Derecho Europeo* Nº 42, Civitas, Madrid, 2012, pp. 49 – 73.

⁷⁴ Estos nuevos criterios de admiibilidad buscan lograr un filtro las demandas triviales, claramente inadmisibles, lo que a su vez permite al TEDH enfocarse en su función de control

- Competencia de los Comités de tres jueces para dictar sentencia en casos donde exista jurisprudencia consolidada del TEDH.
- Creación de un recurso por incumplimiento de las sentencias emitidas por el TEDH, cuya competencia corresponde al Comité de Ministros.
- Creación del procedimiento piloto, regulado en el Reglamento del Tribunal, aplicable a las demandas que se refieran a problemas estructurales o sistémicos en un Estado miembro. Mediante este procedimiento, no sólo se declararía la existencia de una violación del CEDH sino que, además, se fijaría las medidas que el Estado está obligado a adoptar para remediar dicha violación en casos futuros. La decisión, establecería el plazo para la adopción de dichas medidas y suspendería la tramitación de otras demandas similares.

El TEDH, conforme a lo dispuesto por el CEDH, modificado por las reformas contenidas en el Protocolo N° 14, está integrado por 47 jueces⁷⁵, nombrados por un único periodo de nueve años⁷⁶. Tiene competencia sobre todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del CEDH⁷⁷ sometidas a su análisis a través de demandas individuales, presentadas por un individuo,

de los casos que requieran una mayor garantía, sin que ello implique dejar de lado los intereses legales del demandante individual. Al respecto Spinosi ha señalado: “il serait opportun que la Cour s’attache à rendre “la procédure d’examen de la recevabilité des requêtes [...] plus humaine et plus transparente car, plus que d’obtenir satisfaction, les justiciables ont un besoin irréductible d’être écouté” Cfr. SPINOSI, Patrice; “L’approche d’un praticien français face à la procédure d’examen de la recevabilité des requêtes” en DOURNEAU-JOSETTE, Pascal y LAMBERT ABDELGAWAD, Elizabeth (dir.); *Quel filtrage des requêtes par la Cour Européenne des Droits de l’homme?*, Conseil d’Europe, Estrasburgo, 2011, p. 253.

⁷⁵ Un juez por cada Estado integrante del Consejo de Europa. Son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a partir de una lista de tres nombres propuesta por cada Estado.

⁷⁶ Según la reforma establecida por el artículo 2 del Protocolo N° 14, en vigor desde el 1 de junio de 2010.

⁷⁷ Según lo establecido por el artículo 32 del CEDH.

grupo de individuos u organizaciones no gubernamentales⁷⁸; así como por demandas interestatales, interpuestas por un Estado contra otro⁷⁹, alegándose la violación de algunos de los derechos reconocidos por el CEDH y sus Protocolos.

El *procedimiento contencioso* se inicia con la presentación de la demanda que es sometida al examen de admisibilidad, pues debe ser presentada ante la existencia de un perjuicio importante⁸⁰, una vez agotados los recursos disponibles a nivel interno, y en el plazo de seis meses contados a partir de la decisión nacional definitiva⁸¹.

⁷⁸ Según lo establecido por el artículo 34 del CEDH y las Reglas 45, 47 y 49. Reglas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adoptadas el 10 de mayo de 2006, en vigor desde el 1 de julio de 2014, enmendadas el 29 de setiembre de 2014. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016. The Court has described in *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Grand Chamber judgment of 4 February 2005, the right of individual petition as “a key component of the machinery for protecting the rights” set forth in the Convention [...]. The requirement that all decisions be made by a judge is often considered an integral part of the right of individual petition.”. Cfr. STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS; *The CDDH Contribution to the Ministerial Conference organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers*, doc. CDDH(2012)R74 Addendum III, 74th meeting, Strasbourg, 10 -12 February 2012, paragraphs 44 – 45. Ver: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Meeting%20reports%20committee/74_Contribution_en.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁷⁹ Según lo establecido por el artículo 33 del CEDH y las Reglas 45, 46 y 48

⁸⁰ Esta es la causal de inadmisibilidad que más polémica causó. Al respecto el TEDH, en sus primeras jurisprudencias ha utilizado el criterio patrimonial para determinar el alcance de esta causal, sin dejar de tener en cuenta que el nivel mínimo de gravedad del perjuicio no es posible medirlo en términos abstractos, por lo que es necesario evaluar la situación real de los denunciantes y del Estado del cual son nacionales. Cfr. BAIER, S; “No significant disadvantage, first case law on the new admissibility criterion introduced by Protocol N° 14 to the European Convention on Human Rights”, en *European Yearbook on Human Rights*, NWV/Interentia, 2011, pp. 405 – 413.

Algunos casos en los que el Tribunal ha determinado que los aplicantes no sufrieron un perjuicio importante son: Caso Holub contra la República Checa, Sentencia del 14 de diciembre de 2010; Caso Liga Portuguesa de Fútbol Profesional contra Portugal, Sentencia del 3 de abril de 2012. Asimismo, respecto al alcance y jurisprudencia de esta causal se puede revisar: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; *The new admissibility criterion under Article 35 § 3 (b) of the Convention: case-law principles two years on*, Research Report, 2012. Ver: http://echr.coe.int/Documents/Research_report_admissibility_criterion_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁸¹ Según lo establecido por el artículo 35 del CEDH y las Reglas 51 a 57. Este plazo se reducirá a 4 meses cuando entre en vigor el Protocolo N° 15. En algunos casos, es posible que el Tribunal asigne ayuda legal para quienes presenten peticiones individuales, conforme a lo establecido en la Regla 100. Sobre el análisis de la presentación de la demanda se puede revisar: MORTE GÓMEZ, Carmen; *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de*

El pronunciamiento sobre la admisibilidad de una decisión puede ser tomada por un Juez único, por un Comité o por una Sala⁸². Posteriormente, se examina el fondo del asunto. La sentencia puede ser emitida por un Comité, si se trata de cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del CEDH sobre las que ya existe jurisprudencia consolidada del Tribunal. Esta decisión es definitiva⁸³. Si este no es el caso, el fondo es evaluado y la sentencia es emitida por una Sala. Cuya decisión puede ser referida dentro de los tres meses siguientes a la Gran Sala en caso de que las partes en el litigio así lo deseen⁸⁴.

Las Salas pueden inhibirse de pronunciarse sobre el fondo de una demanda si se trata de cuestiones graves sobre la interpretación o aplicación del Convenio que pudiera dar lugar a una decisión contradictoria con una sentencia anteriormente emitida por el Tribunal. Las sentencias emitidas por la Gran Sala son definitivas⁸⁵. Las sentencias deben ser dictadas explicando las razones fundadas en los hechos y el Derecho que han llevado al Tribunal a establecer un fallo determinado. Las sentencias definitivas son publicadas y son de obligatorio cumplimiento para los Estados partes al CEDH⁸⁶.

Derechos Humanos. Modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁸² Según lo establecido por los artículos 27, 28 y 29 del CEDH.

⁸³ Según lo establecido por el artículo 28 del CEDH.

⁸⁴ Según lo establecido por el artículo 29 del CEDH.

⁸⁵ Según lo establecido por los artículos 30, 31, 43 y 44 del CEDH y las Reglas 71 a 73.

⁸⁶ Según lo establecido por los artículos 44.3, 45 y 46 del CEDH. Conforme a lo establecido en las Reglas 76 1 81 las sentencias pueden ser objeto de una solicitud de interpretación dentro del año de dictado el fallo. Es necesario que se precise las partes de la sentencia sobre las que se requiere la interpretación. Del mismo modo, es posible solicitar la revisión de una sentencia cuando existan hechos nuevos que hayan sido desconocidos por las partes o por el Tribunal durante el proceso. Esta petición debe presentarse dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento del nuevo hecho.

En las dos situaciones descritas el TEDH puede rechazar las solicitudes presentadas o iniciar un procedimiento e invitar a las partes a presentar observaciones por escrito o celebrar una audiencia si así se considera pertinente, a fin de pronunciarse sobre lo solicitado por medio de otra sentencia.

Este procedimiento contencioso es totalmente indagatorio y permite la presentación de pruebas y observaciones, asimismo las partes pueden ser escuchadas por los jueces en audiencias públicas o privadas cuando el caso lo requiera⁸⁷.

El TEDH durante el análisis de una cuestión puede dictar medidas provisionales, exigiendo a un Estado que se abstenga o que adopte una conducta determinada, a fin de evitar una mayor violación de derechos⁸⁸. Asimismo, se ha establecido que, durante el desarrollo del procedimiento, el TEDH se ponga a disposición de las partes a fin de lograr un acuerdo amistoso con respeto de los derechos reconocidos por el CEDH y sus Protocolos. Este procedimiento es confidencial y de alcanzarse solución por esta vía se emite una decisión archivando el asunto donde se exponen los hechos y la solución adoptada⁸⁹.

En los últimos años, el TEDH ha implementado un nuevo procedimiento denominado Juicio (procedimiento o sentencias) Piloto (*Pilot Judgment*) con el objeto de evaluar grupos de demandas de casos similares que presenten el mismo problema. Este procedimiento no tiene origen en el CEDH, fue creado

⁸⁷ Según lo establecido por los artículos 38 y 40 del CEDH y las Reglas 58 a 70

⁸⁸ Conforme a lo establecido en la Regla 39.

⁸⁹ Según lo establecido por el artículo 39 del CEDH y la Regla 62. Este nuevo procedimiento sobre los acuerdos amistosos fue establecido por el artículo 15 del Protocolo N° 14, en vigor desde el 1 de junio de 2010. Este tipo de solución fue alentado con la finalidad de aliviar la carga procesal del Tribunal y así proveer de un mecanismo rápido y satisfactorio de solución respecto de casos similares. La reforma del artículo 39 refleja la práctica que el Tribunal había desarrollado hasta el momento. Cfr. Committee of Ministers. Resolution Res (2002)59, concerning the practice in respect of friendly settlements, adopted on 18 December 2002, 822nd meeting of the Ministers' Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=331569&Lang=en>. Última visita 11 de mayo de 2016.

Cfr. Protocol N° 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, amending, the control system of the Convention, explanatory Report, CETS N° 94, Madrid 12 V 2009, par. 93, 94. Ver: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm#FN16>. Última visita 11 de mayo de 2016.

por la jurisprudencia del TEDH y codificado en el Reglamento del Tribunal en el año 2011⁹⁰

Cuando el Tribunal recibe una gran cantidad de demandas que presentan el mismo problema, puede decidir seleccionar uno o más de estos casos y darles un trato prioritario. En este sentido, trata de establecer una solución que vaya más allá del caso concreto y pueda aplicarse a todos los casos similares⁹¹. En la sentencia, el TEDH debe: (i) identificar la existencia de una violación de derechos; (ii) identificar el problema sistémico que se origina en la legislación nacional; (iii) determinar las medidas que el Estado debe implementar para corregir o eliminar el problema detectado; (iv) establecer la creación de recursos internos capaces de hacer frente a casos similares, que otorguen una reparación a dichas personas, aunque hayan presentado una demanda ante el Tribunal⁹². Durante este proceso, es posible que las parte lleguen a un acuerdo amistoso que se da sobre la implementación de las medidas de reparación⁹³.

Del mismo modo, el Tribunal se encuentra facultado para desarrollar una *función consultiva* que consiste en emitir opinión sobre cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Convenio y sus Protocolos. Solamente el Consejo de Ministros puede solicitar una opinión consultiva al Tribunal. Del mismo modo, el CEDH precisa las condiciones para la emisión de estas

⁹⁰ La reforma se realiza el 21 de febrero de 2011 con la finalidad de determinar las reglas de este tipo de procedimiento. Ver Plan de Acción de Interlaken, párrafo D.7b.

⁹¹ Según lo establecido en la Regla 61.2.c del Reglamento.

⁹² Según lo establecido en la Regla 61.3, 61.4 del Reglamento, y el artículo 46.1 del CEDH sobre el cumplimiento obligatorio de las sentencias del TEDH. El primer caso en el que aparecen las características de este procedimiento es el Caso Broniowski contra Polonia, Sentencia del 22 de junio de 2004. A partir de este caso, el TEDH ha recurrido a este procedimiento debido violaciones sistémicas de derechos, tales como: falta de ejecución de decisiones internas, Caso Burdov contra Rusia, Sentencia del 15 de enero de 2009; malas condiciones personas en prisión, Caso Anayev y otros contra Rusia, Sentencia del 10 de enero de 2012; plazo y duración de los procedimientos judiciales, Caso Rumpf contra Alemania, Sentencia del 2 de setiembre de 2010, entre otros.

⁹³ Según lo establecido en la Regla 61.5, 61.6, 61.7 y 61.8 del Reglamento.

opiniones; las que implican que no pueden ser emitidas respecto de cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre otros asuntos de los que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer como resultado de la presentación de un recurso previsto por el Convenio⁹⁴.

El **Consejo de Ministros** es el órgano encargado de velar por el cumplimiento efectivo de las sentencias definitivas y las decisiones sobre acuerdos amistosos⁹⁵ emitidas por el TEDH⁹⁶. Esta labor implica que el Comité supervisa que los Estados adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo expresado por el TEDH⁹⁷. Por ello, los Estados están obligados a dar cuenta al Consejo de los planes de acción implementados. Las medidas que los Estados deben implementar pueden ser generales o individuales⁹⁸.

⁹⁴ Según lo establecido por los artículos 47 a 49 del CEDH y las Reglas 82 a 90.

El margen restrictivo de las opiniones consultivas del tribunal europeo de Derechos Humanos es desafortunado. El procedimiento de opiniones consultivas bajo la Convención Americana [...] el cual está abierto a los miembros de la OEA, ha probado ser una herramienta particularmente fructífera de jurisprudencia bajo la Convención. Cfr. OVEY, Clare; & WHITE, Robin; *The European Convention Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 10.

⁹⁵ Conforme a la modificación establecida en el artículo 15 del Protocolo N° 14 que enmienda el artículo 39 del Convenio.

⁹⁶ Según lo establecido por los artículos 46 y 39.4 del CEDH.

⁹⁷ "The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, a. Emphasizing High Contracting Parties' legal obligation under Article 46 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter referred to as "the Convention") to abide by all final judgments of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as "the Court") in cases to which they are parties; b. Reiterating that judgments in which the Court finds a violation impose on the High Contracting Parties an obligation to:

- pay any sums awarded by the Court by way of just satisfaction; - adopt, where appropriate, individual measures to put an end to the violation found by the Court and to redress, as far as possible, its effects; - adopt, where appropriate, the general measures needed to put an end to similar violations or prevent them.

COMMITTEE OF MINISTERS; *Recommendation CM/Rec(2008)2 on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court of Human Rights*, adopted on 6 February 2008, 1017th meeting of the Ministers' Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1246081&Site=COE>. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁹⁸ Conforme lo establece la Regla 6 de las "Reglas del Comité de Ministros para la supervisión y ejecución de las sentencias y los acuerdos amistosos" vigentes desde el 1 de junio de 2010. Cfr. COMMITTEE OF MINISTERS; *Supervision of the execution of the Judgments of the European Court of Human Rights*, DGHK-Exec/Inf (2010)4, pp. 15 a 21. Ver:

Las *medidas individuales* están dirigidas a poner fin a la violación de derechos y reparar las consecuencias negativas sufridas por la víctima. Así pues, el Estado debe pagar una satisfacción equitativa (*just satisfaction*)⁹⁹ normalmente traducida en una suma de dinero determinada por el TEDH a favor de la víctima.

No obstante, en muchos casos esto no resulta suficiente para reparar las consecuencias de la violación. Por ello, el Comité se asegura que el Estado encuentre otras medidas como remedio para lograr, en lo posible, la *restitutio in integrum*. Como ejemplo de estas medidas podemos citar: restablecimiento de contactos entre menores y sus padres; reapertura de procedimientos penales injustos; destrucción de información obtenida en violación del derecho a la privacidad; la ejecución de una sentencia, la revocación de una orden de expulsión dictada contra un extranjero pese a la existencia de una amenaza real de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes en el lugar de destino¹⁰⁰; entre otras.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Documents/ExecInf%282010%294_EN.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

⁹⁹ Según lo establecido por el artículo 41 del CEDH.

¹⁰⁰ Cfr. "Scope of the supervision" en COMMITTEE OF MINISTERS; *Supervision of the execution of the Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*, 8th Annual Report 2014, Council of Europe, 2015, par. 9. COMMITTEE OF MINISTERS; *Recommendation Nº R (2000)2, on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights*, Adopted on 19 January 2000, 694th meeting of the Ministers' Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original>. Última visita 11 de mayo de 2016.

"Today, the European Court thus provides such Recommendations notably in respect of individual measures in a growing number of cases. Pursuant to Article 46, it may in certain circumstances, also decide the effect that should be given to the violation finding, order directly the adoption of relevant measures and fix the time limit within which the action should be undertaken. For example, in case of arbitrary detention, *restitutio in integrum* will necessarily require, among other things, release from detention. Thus, in several cases, the Court has ordered immediate release of the applicant". En virtud de esta afirmación se hace referencia a los casos *Assanidze c. Georgia*, sentencia del 8 de abril de 2004; *Llascu c. República de Moldova* y la *Federación Rusa*, sentencia del 8 de julio de 2004; *Fatullayev c. Azerbaijan*, sentencia del 22 de abril de 2010. Ver "Increased interaction between the Court and the Committee of Ministers" en COMMITTEE OF MINISTERS; *Supervision of the execution of the*

Las *medidas generales* están dirigidas a prevenir violaciones de derechos similares o poner fin a las violaciones existentes. Las mismas que, dependiendo de las circunstancias, pueden implicar cambios legislativos, jurisprudenciales o incluso constitucionales a nivel interno. Otras medidas que se han adoptado son: remodelación de una prisión; aumento del número de jueces o funcionarios; levantamiento de restricciones a la libertad de expresión, entre otras¹⁰¹.

El marco de ejecución de las medidas requeridas es definido en cada caso por el TEDH considerando su línea jurisprudencial, la práctica implementada por el Comité y la información reunida sobre la situación nacional del Estado demandado¹⁰².

Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 8th Annual Report 2014, Council of Europe, 2015, par. 36, pp. 214.

¹⁰¹ Cfr. "Scope of the supervision" en COMMITTEE OF MINISTERS; *Supervision of the execution of the Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*, 8th Annual Report 2014, Council of Europe, 2015, par. 10, pp. 208. En este contexto, se debe mencionar que el Consejo de Ministros ha hecho recomendaciones a los Estados a fin de que mejoren su sistema judicial y reduzcan la demora en la resolución de procesos judiciales a fin de evitar violaciones de derechos protegidos por el CEDH y la repetición de casos en los cuales, sobre este tema, el TEDH ha desarrollado una línea jurisprudencial precisa. Así, el Comité expresó: "Concerned that excessive length of proceedings, often caused by systemic problems, is by far the most common issue raised in applications to the Court and that it thereby represents an immediate threat to the effectiveness of the Court and hence the human rights protection system based upon the Convention; Convinced that the introduction of measures to address the excessive length of proceedings will contribute, in accordance with the principle of subsidiarity, to enhancing the protection of human rights in member states and to preserving the effectiveness of the Convention system, including by helping to reduce the number of applications to the Court," Cfr. COMMITTEE OF MINISTERS; *Recommendation CM/Rec(2010)3, on effective remedies for excessive length of proceedings*, adopted on 24 February 2010, 1077th meeting of the Ministers' Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1590115&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁰² Caso Bronwlonski contra Polonia, Sentencia del 22 de junio de 2004, párrafo 194. Caso Scordino contra Italia, Sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafo 237. Caso Ramhadi contra Albania, Sentencia del 13 de noviembre de 2007, párrafo 94. Caso Scordino contra Italia, Sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafo 237.

La efectividad del proceso de supervisión requiere del esfuerzo conjunto de los Estados y del Comité a fin de lograr poner límites al problema de la repetición de casos similares¹⁰³ y así lograr la efectividad del Sistema.

Desde la reforma introducida por el Protocolo N° 14, el Comité debe supervisar también la ejecución de las decisiones emitidas por el TEDH sobre acuerdos amistosos, y los fallos emitidos por los Jueces únicos y por los Comités del TEDH desde el 1 de junio de 2010¹⁰⁴. Del mismo modo, el Comité tiene competencia para referir una sentencia definitiva al TEDH cuando encuentra obstáculos en su ejecución debido a un problema de interpretación, y respecto al incumplimiento del fallo de una sentencia definitiva por un Estado.

¹⁰³ Al respecto el Comité de Ministros expresó en diferentes recomendaciones: “Considering that easy access to the Court’s case-law is essential for the effective implementation of the Convention at national level, as it enables to ensure the conformity of national decisions with this case-law and to prevent violations;”. COMMITTEE OF MINISTERS; *Recommendation Rec(2002)13, on the publication and dissemination in the member states of the text of the European Convention on Human Rights and of the case-law of the European Court of Human Rights*, adopted on 18 December 2002, 822nd meeting of the Ministers’ Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=331657&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original>. Última visita 11 de mayo de 2016.

“Considering that the enforcement of a court judgment is an integral part of the fundamental human right to a fair trial within a reasonable time, in accordance with Article 6 of the European Convention on Human Rights”. COMMITTEE OF MINISTERS; *Recommendation Rec (2003) on enforcement*, adopted on 9 September 2003, 851st meeting of the Ministers’ Deputies. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec%282003%2917&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original>. Última visita 11 de mayo de 2016.

“Reiterating its conviction that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as “the Convention”) must remain the essential reference point for the protection of human rights in Europe, and recalling its commitment to take measures in order to guarantee the long-term effectiveness of the control system instituted by the Convention; Recalling the subsidiary character of the supervision mechanism set up by the Convention, which implies, in accordance with its Article 1, that the rights and freedoms guaranteed by the Convention be protected in the first place at national level and applied by national authorities; Considering that the availability of effective domestic remedies for all arguable claims of violation of the Convention should permit a reduction in the Court’s workload as a result, on the one hand, of the decreasing number of cases reaching it and, on the other hand, of the fact that the detailed treatment of the cases at national level would make their later examination by the Court easier; Emphasizing that the improvement of remedies at national level, particularly in respect of repetitive cases, should also contribute to reducing the workload of the Court;”. Cfr. COMMITTEE OF MINISTERS; *Recommendation Rec(2004)6, on the improvement of domestic remedies*, adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, 114th Session. Ver: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec%282004%2996&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁰⁴ Según lo establecido por los artículos 46.2, 46.5 y 39.4 del CEDH y las Reglas 12 a 15 de las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y los términos de los acuerdos amistosos.

Cuando se trate del procedimiento de referencia por interpretación¹⁰⁵, el TEDH solamente debe pronunciarse, si así lo estima pertinente, haciendo una interpretación del fallo, más no de las medidas adoptadas por el Estado¹⁰⁶. Respecto al procedimiento de referencia por incumplimiento¹⁰⁷, éste se debe hacer a través de una Resolución que refleje además de la opinión y votos de los miembros del Comité, la del Estado respectivo.

Esta nueva atribución del Comité no implica la reapertura del proceso ya decidido por el TEDH, sino que se constituye como un nuevo medio de presión alternativo otorgado al Comité sobre los Estados, antes de utilizar el mecanismo establecido en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa: Lo que se pretende es que la sola existencia de este mecanismo se convierta en otro incentivo más a fin de lograr la efectividad del cumplimiento de los fallos del TEDH¹⁰⁸.

¹⁰⁵ El procedimiento se encuentra establecido en la Regla 10 de las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de las soluciones amistosas.

¹⁰⁶ Así ha sido establecido en el Informe explicativo emitido sobre el Protocolo N° 14: “98. The aim of the new paragraph 3 is to enable the Court to give an interpretation of a judgment, not to pronounce on the measures taken by a High Contracting Party to comply with that judgment. No time-limit has been set for making requests for interpretation, since a question of interpretation may arise at any time during the Committee of Ministers’ examination of the execution of a judgment. The Court is free to decide on the manner and form in which it wishes to reply to the request. Normally, it would be for the formation of the Court which delivered the original judgment to rule on the question of interpretation. More detailed rules governing this new procedure may be included in the Rules of Court” Cfr. Protocol N° 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, amending, the control system of the Convention, explanatory Report, CETS N° 94, Madrid 12 V 2009, par. 98. Ver: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm#FN16>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁰⁷ El procedimiento se encuentra establecido la Regla 11 de las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de las soluciones amistosas.

¹⁰⁸ Así ha sido expresado en el Informe explicativo emitido sobre el Protocolo N° 14: “99. Paragraphs 4 and 5 of Article 46 accordingly empower the Committee of Ministers to bring infringement proceedings in the Court (which shall sit as a Grand Chamber – see new Article 31, paragraph b), having first served the state concerned with notice to comply. The Committee of Ministers’ decision to do so requires a qualified majority of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee. This infringement procedure does not aim to reopen the question of violation, already decided in the Court’s first judgment. Nor does it provide for payment of a financial penalty by a High Contracting Party found in violation of Article 46,

Con la finalidad de seguir implementando las reformas establecidas por el Protocolo N° 14 y el Plan de Acción de Interlaken, así como dar efectividad a lo dispuesto en la Declaración de Brighton, y reafirmar el rol preeminente del TEDH, se adoptaron los textos de los Protocolos N° 15 y 16 al CEDH¹⁰⁹. Estos Protocolos tiene como objetivo común, mejorar el procedimiento ante el Tribunal para procurar una resolución rápida de los casos planteados; y, promover un dialogo con las autoridades nacionales, a fin de reforzar la protección de derechos humanos a nivel nacional.

El Protocolo N° 15 introduce varias reformas en el procedimiento ante el TEDH. Estas reformas implican modificaciones a los criterios de admisibilidad de las demandas y otras cuestiones de funcionamiento. Respecto a la admisibilidad, se reduce el plazo para la presentación de demandas de seis a cuatro meses y se elimina la cláusula de salvaguardia que impedía declarar la inadmisibilidad

paragraph 1. It is felt that the political pressure exerted by proceedings for non-compliance in the Grand Chamber and by the latter's judgment should suffice to secure execution of the Court's initial judgment by the state concerned.

100. The Committee of Ministers should bring infringement proceedings only in exceptional circumstances. None the less, it appeared necessary to give the Committee of Ministers, as the competent organ for supervising execution of the Court's judgments, a wider range of means of pressure to secure execution of judgments. Currently the ultimate measure available to the Committee of Ministers is recourse to Article 8 of the Council of Europe's Statute (suspension of voting rights in the Committee of Ministers, or even expulsion from the Organisation). This is an extreme measure, which would prove counter-productive in most cases; indeed the High Contracting Party which finds itself in the situation foreseen in paragraph 4 of Article 46 continues to need, far more than others, the discipline of the Council of Europe. The new Article 46 therefore adds further possibilities of bringing pressure to bear to the existing ones. The procedure's mere existence, and the threat of using it, should act as an effective new incentive to execute the Court's judgments. It is foreseen that the outcome of infringement proceedings would be expressed in a judgment of the Court" fr. Protocol N° 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, amending, the control system of the Convention, explanatory Report, CETS N° 94, Madrid 12 V 2009, par. 99 y 100. Ver: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm#FN16>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁰⁹ The Parliamentary Assembly, at the invitation of the Committee of Ministers, adopted Opinion No. 283 (2013) on the draft protocol on 26 April 2013. At its 123rd Session, the Committee of Ministers examined and decided to adopt the draft as Protocol No. 15 to the Convention. At the same time, it took note of the present Explanatory Report to Protocol No. 15. Cfr. COUNCIL OF EUROPE; *Reforming the European Convention on Human Rights, Interlaken, Izmir, Brighton and beyond*, Council of Europe, march 2014, pp. 33 – 38; 61 -68; 89 - 102.

de demandas por falta de perjuicio importante¹¹⁰ cuando el asunto no hubiera sido debidamente examinado por un Tribunal nacional. Asimismo, se elimina el derecho de veto que tenía el Estado demandado a que una Sala del Tribunal se inhibiese en favor de la Gran Sala¹¹¹.

Con el propósito de reforzar las competencias a los Tribunales nacionales en la aplicación del CEDH, este Protocolo introduce en el preámbulo el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación de los Estados. Así pues, se remarca la obligación primaria que tienen los Estados en la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos¹¹².

El Protocolo 16, firmado el 2 de octubre de 2013, establece la posibilidad que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros puedan dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos¹¹³.

En el mismo contexto, del 26 al 27 de marzo de 2015 se llevó a cabo la Conferencia de Bruselas, con el objetivo de adoptar una declaración política consensuada sobre la aplicación efectiva del Convenio por cada Estado del Consejo de Europa. Como resultado se adoptó la Declaración de Bruselas¹¹⁴.

¹¹⁰ Este criterio de inadmisibilidad está previsto en el art. 35. 3 b del CEDH.

¹¹¹ Según lo establecido por el artículo 30 del CEDH.

¹¹² Ver El informe Explicativo del Protocolo Nº 15 y la Opinión del TEDH respecto de dicho Protocolo: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf, http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹¹³ Ver El informe Explicativo del Protocolo Nº 15 y la Opinión del TEDH respecto de dicho Protocolo: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf, http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹¹⁴ Adoptada el 27 de marzo de 2015. Ver: http://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/Declaration_FR.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

La Conferencia se centró en resaltar las obligaciones establecidas en el CEDH para lograr la eficacia y la viabilidad del SEDH, subrayando la responsabilidad del Estado a través de la implementación efectiva del Convenio a nivel nacional, apoyándose en la jurisprudencia de TEDH, conforme al principio de subsidiariedad que rige el Sistema.

Así pues, esta Declaración se centra en remarcar el principio de subsidiariedad y la responsabilidad primaria que tienen los Estados de hacer efectivo el CEDH, ya sea de manera preventiva, con la ejecución de las sentencias emitidas por el Tribunal, o a través de acciones colectivas de supervisión de ejecución de las sentencias por el Consejo de Ministros.

En este contexto se reafirmó la importancia de un diálogo entre el Tribunal y las autoridades nacionales sobre la importancia de contar con una jurisprudencia clara y consistente que ayude a los Estados a mejorar la aplicación del CEDH. Asimismo se reconoce el importante rol que desempeña la sociedad civil en la implementación del CEDH y la ejecución de las sentencias del Tribunal.

En definitiva, se puede afirmar que existe el consenso entre los Estados europeos de reforzar la presencia del TEDH¹¹⁵ en la región como supremo

¹¹⁵ El TEDH en cifras: En el año 2011 se recibieron 64,500 aplicaciones, lo que representó un incremento del 5% en relación al año 2010. Los casos pendientes de resolución equivalían a 22,600, con un incremento del 3% en relación al año anterior. 50,677 aplicaciones fueron declaradas inadmisibles, un 31% más que las declaradas inadmisibles en el año 2010. Se emitieron 1,511 sentencias, lo que significó una disminución del 42% respecto al año 2010. En el 2012 se recibieron 65,150 aplicaciones, lo que representó un incremento del 1% respecto al año anterior. 86,201 fueron declaradas inadmisibles, esta cifra significa un incremento del 70% en comparación con el año anterior. En el año 2013 se recibieron 65,900 aplicaciones, se produjo un incremento del 2% en relación al año anterior. 89,737 se declararon inadmisibles, 4% más que el año anterior. En el 2014 se presentaron 56,250 aplicaciones, que representaron una disminución del 15% en relación al año 2013 y del 11% respecto al año 2003. Ver los informes estadísticos del Tribunal:

[http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"sort":\["createdAsDateDescending"\],"Title":\["analysis of statistics"\],"contentlanguage":\["en"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{). Última visita 11 de mayo de 2016.

En el 2015 se recibieron 40,650 aplicaciones, lo que significa una reducción del 28% en relación al año anterior. 45,135 fueron declaradas inadmisibles, es decir el 48% menos que las

supervisor del cumplimiento del CEDH, en vía de refuerzo del carácter subsidiario del SEDH, a fin de lograr el fin último de garantizar la tutela eficaz de los derechos fundamentales en la región.

b. Sistema interamericano de derechos humanos (SIDH)

Este Sistema fue creado en el marco del establecimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA). En 1948, al adoptarse la Carta de la OEA¹¹⁶, los Estados americanos deciden comprometerse a vivir bajo un régimen democrático y de protección de los derechos humanos en el continente. Con este objetivo, adoptan la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)¹¹⁷, la primera Declaración de carácter general a nivel mundial. Posteriormente se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹¹⁸.

83,680 declaradas inadmisibles en el 2014. 64,850 aplicaciones se encuentran pendientes de resolución. Se han emitido sentencias determinando, al menos, una violación del CEDH en el 84% de los casos. Asimismo, durante este año, se emitieron 823 sentencias, dictadas respecto de 2,441 aplicaciones. Se emitieron decisiones sobre medidas interinas en 1,458 casos. La corte aprobó estas medidas en 161 casos y rechazó 630 casos. Se aprobaron 1,658 acuerdos amistosos. Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; *Informe de análisis de estadísticas 2015*, publicado en enero de 2016. Ver: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

Al mes de abril de 2016 se han presentado 15,250 aplicaciones, se han declarado inadmisibles 9,690, y se encuentran pendientes de trámite 69,850. Ver informe estadístico del TEDH: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2016_ENG.pdf. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹¹⁶ Carta de los Estados Americanos adoptada el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, entró en vigor el 13 de diciembre de 1951 conforme al artículo 145, Serie de Tratados OEA, NOS. 1-C Y 61. Registro de Tratados de la ONU, 16 de enero de 1952, Nº 1609, Vol. 119.

¹¹⁷ Adoptada el 2 de mayo de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana. Ocho meses después se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

¹¹⁸ Adoptada en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos realizada en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978 conforme al artículo 74 inciso 2. Serie de Tratados OEA, Nº 36. Registro de Tratados de la ONU, 27 de agosto de 1979, Nº 17955. Al 30 de septiembre de 2014, los 23 Estados Miembros de la OEA que son parte de la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Respecto al estado actual de las ratificaciones de

La estructura institucional del SIDH se encuentra regulada en los referidos instrumentos internacionales. La labor de control respecto de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano es realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)¹¹⁹. Las funciones y procedimientos de estos órganos son brevemente detallados a continuación.

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**¹²⁰ fue creada en 1959¹²¹, según lo dispuesto por el artículo 106 de la Carta de la OEA, con la finalidad de promover el respeto y la defensa de los derechos humanos en los Estados americanos; y servir de órgano consultivo de la OEA en esta materia.

la CADH ver el sitio web del Departamento de Asuntos Internacionales de la OEA, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional.asp. Última visita 8 de mayo de 2016.

¹¹⁹ Según lo establecido por el artículo 33 de la CADH.

¹²⁰ Respecto de la actuación de la CIDH resulta interesante revisar los siguientes trabajos académicos. FARER, Tom; "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, Nº 3, Johns Hopkins University Press, 1997, pp. 510-546. BUERGENTHAL, Thomas; *La protección de los derechos humanos en las Américas*, IIDH-Civitas, Madrid, 1990. CANÇADO TRINDADE, Antonio; "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): Estado actual y perspectivas", en Bardonnnet y Cançado Trindade (editores), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, Academia Internacional de la Haya e IIDH, San José-La Haya, 1996, pp. 47 – 96. MEDINA QUIROGA, Cecilia; *The Battle of Human Rights. Gross systematic violations and the Inter-American System*, Maritus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1988. DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL; *Víctimas sin mordaza, El Impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, México, 2007, pp. 171 – 196.

¹²¹ En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959 se adoptaron importantes resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del SIDH. Así, La Declaración de Santiago proclamó: "la armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas" y declara que "los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana". Del mismo modo. Se dispuso la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos integrada por siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale. Acta Final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Punta del Este, Uruguay, 22 a 31 de enero de 1962, Documento OEA/Ser.C/II.8, pp. 4-6, 10-11, 16-17; disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/RCactas.asp>. Última visita 8 de mayo de 2016.

Desde sus inicios, la CIDH desempeña sus funciones conforme a las facultades otorgadas en la Carta de la OEA¹²² y sólo contaba con la Declaración Americana como instrumento internacional de protección de los derechos humanos para evaluar la situación en los Estados en la región. De este modo, desarrolló una importante labor, logró expandir sus facultades hasta incluir la emisión de recomendaciones, la realización de visitas in loco, la elaboración de informes sobre la situación de los derechos humanos, el procesamiento de peticiones individuales, entre otros¹²³.

Posteriormente, sus funciones y los procedimientos que realiza han sido reguladas a través de la CADH¹²⁴, su Estatuto¹²⁵ y su Reglamento¹²⁶, los que le otorgan jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la Organización, a los que continúa supervisando en virtud de lo dispuesto en la Declaración Americana¹²⁷. Respecto de los Estados que han ratificado la CADH, la supervisión se ejerce en virtud de ambos instrumentos internacionales¹²⁸.

¹²² Según lo establecido por el artículo 112 de la Carta OEA.

¹²³ “En una primera etapa, las funciones de carácter no contencioso, como la emisión de informes, fueron las de mayor relevancia en el trabajo de la Comisión. Ello fue muy útil en la protección de los derechos fundamentales en las décadas de los años setenta y ochenta. En una época en la que prevalecían las dictaduras militares en gran parte de la región, el impacto político obtenido a través de la emisión de informes fue clave para denunciar los abusos cometidos y consolidar el trabajo hecho por la CIDH, tal y como lo demuestran, por mencionar algunos, los informes de Cuba (1962); República Dominicana (1965); Haití (1969); El Salvador y Honduras (1970); Chile (1974); Panamá, Paraguay, Uruguay, Nicaragua, todos ellos de 1978; y Argentina (1980)”. Cfr. CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL; *La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores/as de DDHH*, CEJIL, Buenos Aires, 2012, pp. 21 – 22.

¹²⁴ Según lo establecido por los artículos 34 a 45 de la CADH.

¹²⁵ Aprobado por la Resolución N° 447, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979

¹²⁶ Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.

¹²⁷ El procedimiento aplicable a las peticiones referentes a Estados miembros de la OEA que no son partes en la Convención Americana será el establecido en las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título II; en los artículos 28 al 44 y 47 al 49 de este Reglamento. Según lo establecido por los artículos 51 y 52 del Reglamento de la CIDH.

¹²⁸ El artículo 1 del Estatuto establece: “(...) 2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre

Se encuentra compuesta por siete miembros, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida trayectoria en materia de derechos humanos. Son elegidos por la Asamblea General de la OEA, en base a la propuesta efectuada por los gobiernos de los Estados miembros, por cuatro años y sólo pueden ser reelegidos una vez¹²⁹.

La labor de control de la protección de los derechos humanos en el SIDH es realizada por la CIDH¹³⁰ en base a tres pilares fundamentales:

i) El sistema de petición individual

El procedimiento que se lleva a cabo ante la Comisión se puede iniciar de motu proprio, si se considera que existen requisitos para tal fin¹³¹. Del mismo modo, puede ser iniciado a petición de parte por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental de cualquiera de los Estados de la OEA. Las peticiones se pueden presentar en nombre propio, o en el de terceras personas, respecto a la presunta violación de alguno de los derechos reconocidos¹³², según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y

Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros. Según lo establecido por los artículos 18 y 19 del Estatuto de la CIDH.

¹²⁹ Según lo establecido por los artículos 2 a 15 del Estatuto y artículos 1 a 5 del Reglamento de la CIDH.

¹³⁰ La labor de la CIDH en cifras: En el 2015 se recibieron 2,164 peticiones. Se aceptaron en trámite 208, se rechazaron 876. Al cierre de este año se contaba con 9,673 casos pendientes, de los cuales 1,903 están pendientes de resolución sobre fondo. Se archivaron 107. Se emitieron 5 informes de Soluciones amistosas. Se aprobaron 22 informes sobre el fondo. 14 casos fueron presentados a la Corte. Se recibieron 674 solicitudes de medidas cautelares. Se otorgaron 45. Fueron emitidos 9 informes temáticos. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*. Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/indice.asp>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹³¹ Según lo establecido por el artículo 24 del Reglamento de la CIDH.

¹³² Según lo establecido por el artículo 23 del Reglamento de la CIDH.

Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales¹³³.

Actualmente, además de los instrumentos internacionales antes referidos, se ha establecido que la CIDH puede aplicar en este procedimiento otros instrumentos internacionales regionales, tales como: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones¹³⁴.

Para que la petición sea admitida a trámite debe exponer los hechos que se consideran una supuesta violación de derechos protegidos por la CADH, o por los otros instrumentos internacionales detallados. Se debe especificar el lugar y fecha de las violaciones alegadas; así como el nombre de la víctima, o de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada; la indicación del Estado que se considera responsable, por acción o por omisión, de la referida violación. Del mismo modo, es necesario acreditar el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna; la presentación de la petición dentro de los 6 meses de notificada la decisión que agota la vía interna; y la indicación de no haber iniciado ningún otro procedimiento de arreglo¹³⁵.

¹³³ Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el Décimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, Serie de Tratados OEA N° 69. Protocolo Adicional Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 8 de junio de 1990, en el Vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, entró en vigor el 28 de agosto de 1991, Serie de Tratados OEA N° 73.

¹³⁴ Según lo establecido por los artículos 19 y 20 del Estatuto y 23 del Reglamento de la CIDH.

¹³⁵ Según lo establecido por los artículos 28 y 33 del Reglamento de la CIDH.

En el caso de que exista imposibilidad de agotar los recursos internos, debido a que: (i) no exista una legislación interna que especifique el proceso legal que debe seguirse para este tipo de violaciones; (ii) se haya negado al peticionario el acceso a los recursos de la jurisdicción interna; (iii) haya sido impedido de agotarlos; (iv) o exista demora injustificada en la decisión. Si se acredita alguno de estos supuestos, la CIDH solamente valora que la petición sea presentada dentro de un plazo razonable desde la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, atendiendo a las circunstancias de cada caso¹³⁶.

Se da preferencia en la tramitación a las peticiones que por el transcurso del tiempo la priven de su efecto útil, en casos dónde la presunta víctima: (i) sea un adulto mayor, niño o niña; (ii) padezca de una enfermedad terminal; (iii) puede ser objeto de aplicación de la pena de muerte; (iv) sean personas privadas de libertad. Asimismo, se priorizan los casos en los que: (i) el Estado manifieste su intención de llegar a una solución amistosa del asunto; (ii) la decisión pueda tener el efecto de remediar situaciones estructurales graves que tengan un impacto en el goce de los derechos humanos; (iii) la decisión pueda impulsar cambios legislativos o de práctica estatal para evitar la recepción de múltiples peticiones sobre el mismo asunto¹³⁷.

Una vez que se verifican los requisitos y situaciones mencionados, se comunica al Estado sindicado como autor de las violaciones de derechos a fin de que presente las observaciones respectivas; luego de esto, la CIDH emite el informe de admisibilidad o inadmisibilidad de la petición.

¹³⁶ Según lo establecido por los artículos 31 y 32 del Reglamento de la CIDH y 46 de la CADH.

¹³⁷ Según lo establecido por el artículo 29 del Reglamento de la CIDH.

Si la petición es admitida, el caso queda abierto de manera formal para que el o los peticionarios presenten sus observaciones sobre el fondo del asunto. Hecho esto, se otorga la misma oportunidad al Estado en cuestión. Antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, determina un plazo para dar la oportunidad a que las partes de manifestar su interés de iniciar el procedimiento de solución amistosa¹³⁸. En caso contrario, se emite el respectivo informe final que puede determinar que no se ha cometido ninguna violación de la CADH; o declarar la existencia de una o más violaciones de derechos. Ante lo cual, establece las recomendaciones pertinentes que el Estado deberá implementar dentro del plazo que la CIDH establezca¹³⁹.

Dentro del procedimiento se ha regulado un mecanismo de medidas cautelares que puede ser activado, a iniciativa de la CIDH o a petición de parte. Así, la CIDH en situaciones de gravedad y urgencia puede solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente; o respecto de personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente que exista conexión con cualquier petición o caso pendiente. El hecho de que se otorguen las medidas solicitadas no implica no implica un prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la CADH y otros instrumentos aplicables¹⁴⁰.

Por otra parte, es necesario subrayar que la carga de la prueba corresponde al Estado, pues le corresponde presentar información que desvirtúe los hechos alegados por quienes se consideran presuntas víctimas. En caso contrario, la

¹³⁸ Según lo establecido por los artículos 37 del Reglamento de la CIDH y 48 de la CADH.

¹³⁹ Según lo establecido por los artículos 43 y 44 del Reglamento de la CIDH y 50 de la CADH.

¹⁴⁰ Según lo establecido en los artículos 106 de la Carta OEA, 41.b de la CADH; 18.b del Estatuto de la CIDH, y 25 del Reglamento de la CIDH.

CIDH presumen como verdaderos los hechos alegados en la petición, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria¹⁴¹.

En cualquier etapa del proceso, la CIDH se encuentra a disposición de las partes, a solicitud de las mismas o por iniciativa propia con el consentimiento de éstas, para iniciar el procedimiento de solución amistosa. Si no se llega a una solución amistosa, se prosigue con el trámite de la petición conforme ha sido detallado anteriormente. De lograrse una solución amistosa consentida por la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, la Comisión valora que se hayan respetado sus derechos conforme a la DADDH y la CADH aprueba un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda¹⁴².

En cualquiera de los dos casos, solución amistosa o pronunciamiento sobre el fondo, la CIDH establece medidas de seguimiento para verificar que el Estado cumple con las recomendaciones señaladas por ésta. En caso de incumplimiento queda facultada para someter el caso a la CortelDH¹⁴³, siempre y cuando el Estado en cuestión haya aceptado dicha jurisdicción¹⁴⁴. Esto puede suspenderse si el Estado demuestra su intención de cumplir con las recomendaciones a través de la adopción de medidas concretas e idóneas¹⁴⁵.

ii) Supervisión de los Estados miembros de la OEA

Como parte de su labor de promoción y protección de los derechos consagrados en la CADH, la Comisión tiene la facultad de realizar las siguientes actividades:

¹⁴¹ Según lo establecido por el artículo 38 del Reglamento de la CIDH.

¹⁴² Según lo establecido por los artículos 40 del Reglamento de la CIDH y 49 de la CADH.

¹⁴³ Según lo establecido por los artículos 45, 73 a 75 del Reglamento de la CIDH, y 50 y 53 de la CADH.

¹⁴⁴ Según lo establecido por el artículo 62 de la CADH.

¹⁴⁵ Según lo establecido por los artículos 46 del Reglamento de la CIDH, y 51 de la CADH.

Las *investigaciones in loco*, cuando lo considere pertinente y en casos graves y urgentes, en el territorio del Estado en el que se alegue la comisión de la violación de derechos protegidos por la CADH¹⁴⁶, con la finalidad de entrevistar a las posibles víctimas, escuchar a testigos que no pueden trasladarse a la sede de la Comisión, y tener acceso a cualquier tipo de prueba que le ayude a pronunciarse sobre un caso. Es necesario que cuente con el apoyo del Estado respectivo.

El Reglamento la autoriza a desarrollar un *procedimiento de seguimiento*¹⁴⁷ del cumplimiento de las recomendaciones que se hayan efectuado en el informe de fondo, o en el informe que contiene la solución amistosa entre las partes. Para tal efecto, puede requerir informes periódicos a las partes sobre el grado de avance en el cumplimiento de las recomendaciones o celebrar audiencias al respecto si lo considera pertinente.

Del mismo modo, puede realizar *visitas in loco*¹⁴⁸, *visitas oficiales*¹⁴⁹ con el objetivo de observar en el terreno la situación de los derechos humanos en un Estado determinado. En este contexto, está facultada para elaborar *informes respecto al panorama de los derechos humanos* en el hemisferio, así como respecto a la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA¹⁵⁰. Como parte de su labor de supervisión, solicita información a los

¹⁴⁶ Según lo establecido por el artículo 39 del Reglamento de la CIDH.

¹⁴⁷ Según lo establecido por el artículo 48 del Reglamento de la CIDH.

¹⁴⁸ Desde el año 1961 hasta el año 2015, la CIDH ha realizado 95 visitas in loco. Ver: http://www.oas.org/es/cidh/actividades/visitas_todas.asp. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁴⁹ Según lo establecido por el artículo 59.5.c del Reglamento de la CIDH.

¹⁵⁰ Para realizar estos informes la CIDH tiene en cuenta cuatro criterios para identificar a los Estados cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial; los que, en resumen, se detallan a continuación: a. una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana; b. la suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Declaración Americana o la Convención Americana. c. la comisión, por parte de un Estado, de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos; d. la presencia de otras situaciones estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute

Estados sobre situaciones que causan preocupación respecto a la protección de los derechos, asimismo, realiza audiencias públicas, recaba informes de distintos mecanismos de la ONU y de organizaciones de la sociedad civil a nivel internacional y local, envió de cuestionarios a los Estados, organizaciones de la sociedad civil y otros usuarios del Sistema¹⁵¹.

iii) Atención a líneas temáticas específicas

La CIDH desde los años noventa creó Relatorías temáticas con el objeto de brindar atención a ciertas personas, grupos y colectividades que se encuentran especialmente expuestas a violaciones de derechos humanos debido a su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto. A través de las Relatorías, la CIDH trata de fortalecer, impulsar y sistematizar y concientizar sobre la protección de los derechos humanos en la región; además cumplen una labor de órganos consultores de la OEA¹⁵².

Como parte de sus funciones, los Relatores pueden solicitar información a los Estados sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; formular recomendaciones respecto de las medidas progresivas a favor de los derechos humanos que los Estados deben adoptar; pueden llevar a cabo

de los derechos fundamentales. Cfr. CIDH; *Informe Anual 2015*, capítulo IV, desarrollo de los derechos humanos en la región, pp. 467 – 469. Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-Introduccion-ES.pdf>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁵¹ Según lo establecido por los artículos 41 de la CADH y 18 del Reglamento de la CIDH. En el año 2015, las situaciones de preocupación que han motivado que la CIDH realice actividades de supervisión son, por nombrar algunas: situación de migrantes en Cuba; preocupación por muertes violentas en una cárcel de Guatemala; condena asesinatos de defensores indígenas en Brasil, entre otras. Respecto al panorama de los derechos humanos en el hemisferio, en el 2015 la CIDH decidió tratar temas relacionados con el acceso al agua en las Américas y el uso de la fuerza. Cfr. CIDH; *Informe Anual 2015*, capítulo IV, desarrollo de los derechos humanos en la región, pp. 467 – 610. Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-Introduccion-ES.pdf>; <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>; <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-fuerza-ES.pdf>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁵² Según lo establecido por los artículos 15, 18 del Estatuto de la CortelDH, 106 de la Carta OEA y 41 de la CADH.

visitas de trabajo a los Estados y participar en visitas in loco de la CIDH, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo; emitir informes temáticos sobre la situación de derechos específicos en un Estado determinado¹⁵³.

Actualmente, la CIDH en cuenta con ocho Relatorías temáticas sobre: derechos de los pueblos indígenas (1990); derechos de las mujeres (1994); derechos de los migrantes (1996); derechos de los de la niñez (1998); derechos de las personas privadas de libertad (2004); derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial (2005); derechos de defensoras y defensores de derechos humanos (2011); y derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (2014). Asimismo, cuenta con una Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁴.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** tiene como objetivo la aplicación y la interpretación de la CADH¹⁵⁵. Sus funciones las ejerce según lo dispuesto por la CADH, su Estatuto¹⁵⁶ y Reglamento¹⁵⁷.

¹⁵³ Según lo establecido por los artículos 58 y 59 del Reglamento de la CIDH.

¹⁵⁴ La CIDH indicó mediante comunicado de prensa publicado el 28 de octubre de 2015 que “Lamentablemente, no se cuenta aún con los recursos necesarios para la creación de la Relatoría Especial, por lo cual la CIDH ha decidido extender el mandato de la Unidad que trabaja el tema bajo la coordinación del comisionado Paulo Vannuchi. Asimismo, se continuará buscando la financiación para crear esta Relatoría Especial en el futuro” Ver: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/120.asp. Última visita 11 de mayo de 2016. En el año 2015, la CIDH aprobó 9 informes temáticos, sobre los siguientes temas: 1. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados. 2. Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres. 3. Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas. 4. Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. 5. Violencia, Niñez y Crimen Organizado. 6. Informe sobre la situación de derechos humanos en República Dominicana. 7. Uso indebido del derecho penal para criminalizar a defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas. 8. Derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en el contexto de proyectos de extracción e inversión. 9. Derechos humanos de los migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cfr. CIDH; Informe Anual 2015, capítulo III, actividades de las Relatorías, informes de país y temáticos y de promoción, pp. 437 – 464. Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap3-ES.pdf>. Última visita 11 de mayo de 2016.

¹⁵⁵ Según lo establecido por los artículos 1 del Estatuto de la CorteIDH y el artículo 33 de la CADH.

Está integrada por 7 jueces¹⁵⁸, nombrados por un periodo de seis años, pudiendo ser reelectos por una sola vez¹⁵⁹. Tiene competencia sobre todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la CADH sometidas a su análisis a través de demandas presentadas por la CIDH¹⁶⁰; así como por demandas interestatales, interpuestas por un Estado contra otro¹⁶¹, alegándose la violación de algunos de los derechos reconocidos por la CADH y sus Protocolos. Asimismo, la Corte tiene competencia consultiva respecto de la CADH y de otros tratados sobre protección de derechos humanos en los Estados americanos¹⁶².

El *procedimiento contencioso*¹⁶³ se desarrolla en dos etapas: una escrita y otra oral. La *etapa escrita* se inicia con la presentación de la demanda, la misma que es comunicada a las víctimas a fin de que presenten, de manera autónoma, sus solicitudes, argumentos y pruebas¹⁶⁴. En caso de que las víctimas no contaran con representación legal acreditada, la Corte puede designarles un Defensor interamericano de oficio que las represente en el proceso¹⁶⁵.

¹⁵⁶ Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

¹⁵⁷ Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

¹⁵⁸ Un juez por cada Estado integrante del Consejo de Europa. Son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a partir de una lista de tres nombres propuesta por cada Estado.

¹⁵⁹ Según lo establecido por los artículos 4 y 5 del Estatuto de la CorteIDH y 52 - 54 de la CADH.

¹⁶⁰ Según lo establecido por los artículos 35 del Reglamento de la CorteIDH, y 61 y- 62 de la CADH.

¹⁶¹ Según lo establecido por los artículos 36 del Reglamento de la CorteIDH, y 61 de la CADH.

¹⁶² Según lo establecido por los artículos 64 de la CADH.

¹⁶³ Desde el inicio de su labor la Corte ha recibido un promedio de 230 casos. El año que más casos fueron sometidos a su jurisdicción fue el 2011 con un total de 23 casos. En el año 2015 recibió 14 casos. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, p.36.

¹⁶⁴ Según lo establecido por el artículo 40 del Reglamento de la CorteIDH.

¹⁶⁵ Según lo establecido por el artículo 37 del Reglamento de la CorteIDH.

Del mismo modo, se comunica el caso al Estado demandado para que presente sus argumentos de defensa y pruebas. En esta etapa se pueden interponer excepciones preliminares¹⁶⁶, lo que no suspende el procedimiento sobre el fondo, y debe notificarse a las víctimas y a la CIDH para que presenten sus respectivas observaciones.

Posteriormente, se inicia *la etapa oral* de este proceso. Esta se desarrolla a través de audiencias¹⁶⁷, en las que la Corte escucha la exposición del caso de parte de los representantes de la CIDH; a los declarantes, que pueden ser testigos, peritos y expertos; los alegatos de las víctimas¹⁶⁸ y del Estado demandado; y las observaciones finales de la Comisión. En una última etapa, se permite la presentación de alegatos finales por escrito a todas las partes en el proceso¹⁶⁹.

Durante el procedimiento, el Estado demandado tiene la posibilidad de aceptar o reconocer los hechos alegados. Ya sea que realice un allanamiento total o

¹⁶⁶ Las excepciones se interponen generalmente para cuestionar la competencia de la Corte debido a que no se han agotado los recursos internos. Desde el emblemático Caso Velásquez Rodríguez la Corte decidió que "el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad". Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987, párrafo 88. Asimismo, precisó que "si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2. No se debe presumir con ligereza que un Estado Parte en la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces". Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia sobre el fondo, 29 de julio de 1988, párrafo 60.

¹⁶⁷ En los últimos años la Corte realiza lo que se ha denominado como audiencias itinerantes. Estas son realizadas en el territorio del Estado demandado con la finalidad de acercar a la Corte a las víctimas. Durante el 2015 se celebraron trece audiencias públicas sobre casos contenciosos. En estas audiencias se recibieron las declaraciones orales de catorce presuntas víctimas, seis testigos, y veinte peritos, lo que suma un total de cuarenta declaraciones. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, p.37.

¹⁶⁸ La principal reforma que presenta el nuevo Reglamento de la Corte IDH es el cambio del rol de la Comisión en el proceso ante la Corte, pues se otorga "más protagonismo al litigio entre los representantes de las víctimas o presuntas víctimas y el Estado demandado, permitiendo así que la Comisión juegue más un papel de órgano del Sistema Interamericano afianzando, así, el equilibrio procesal entre las partes". Cfr. CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL; *La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores/as de DDHH*, CEJIL, Buenos Aires, 2012, p. 27.

¹⁶⁹ Según lo establecido por los artículos 45 a 56 del Reglamento de la Corte IDH.

parcial, y luego de haber escuchado a las víctimas, la Corte evalúa y se pronuncia sobre la procedencia y los efectos jurídicos del allanamiento. Del mismo modo, se deja abierta la posibilidad de que las partes logren una solución amistosa del litigio, la que es evaluada sobre la Corte a fin de verificar que en dicha solución se respeten y garanticen los derechos de las víctimas. En este sentido, la Corte tiene potestad para aceptar o rechazar la fórmula de solución amistosa, o el allanamiento propuesto por las partes, y decidir proseguir con el examen del caso¹⁷⁰.

Las pruebas que se presentan son las admitidas en el proceso llevado ante la CIDH. Excepcionalmente, la Corte puede decidir admitir otras pruebas¹⁷¹ que, por razones de fuerza mayor, o cualquier otro impedimento, no pudieron ser presentadas ante la Comisión. Del mismo modo, la Corte tiene potestad para solicitar de oficio cualquier otra prueba que considere necesaria para resolver el caso. La puede solicitar a la CIDH, a las víctimas, a las autoridades del Estado demandado, o comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción, incluyendo audiencias, ya sea en la sede de la Corte o fuera de ésta¹⁷².

Respecto a la valoración de la prueba, desde el Caso Velázquez Rodríguez, la Corte subrayó que “la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del **quantum** de prueba necesario para

¹⁷⁰ Según lo establecido por los artículos 62 a 64 del Reglamento de la CorteIDH.

¹⁷¹ durante el 2015, el Tribunal realizó tres diligencias judiciales en el marco de la tramitación de los casos Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Comunidad Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras y Comunidad Garífuna de Punta Piedra Vs Honduras en los territorios de los

Estados de Honduras y Surinam. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, p.41.

¹⁷² Según lo establecido por los artículos 57 a 60 del Reglamento de la CorteIDH.

fundar el fallo”¹⁷³. En este sentido, la Corte ha determinado que “el acervo probatorio de un caso es único e inescindible y se integra con la prueba presentada durante todas las etapas del proceso; por lo que las evalúa como un todo”¹⁷⁴.

Si bien es cierto acepta que, corresponde, en principio, a la Comisión presentar la prueba pertinente respecto de los hechos demandados¹⁷⁵, no obstante, la Corte puede considerar aceptados como verdaderos los hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas¹⁷⁶.

En este sentido, la Corte ha establecido que “en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la

¹⁷³ En este sentido, la Corte hace eco de lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Canal de Corfú, sentencia del 9 de abril de 1949, párrafos 29 - 30 y el Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, sentencia del 27 de junio de 1986, párrafos 59 - 60. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia sobre el fondo, 29 de julio de 1988, párrafo 127.

¹⁷⁴ CIDH, Caso Blake contra Guatemala, Reparaciones, Sentencia del 22 de enero de 1999, párrafo 28. CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. Reparaciones, Sentencia 26 de mayo de 2001, párrafo 53. CIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 98. CIDH, Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, párrafo 47. CIDH, Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, Reparaciones, Sentencia del 22 de febrero de 2002, párrafo 22. CIDH, Caso del Caracazo contra Venezuela, Reparaciones, Sentencia de 29 de agosto de 2002, párrafo 62. CIDH, Caso Las Palmeras contra Colombia, Reparaciones, Sentencia de 26 de noviembre de 2002, párrafo 34. CIDH, Caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 60. CIDH, Caso Bulacio contra Argentina, Sentencia del 18 de setiembre de 2003, párrafo 68.

¹⁷⁵ CIDH, Caso Godínez Cruz contra Honduras, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 129.

¹⁷⁶ Según lo establecido por el artículo 41.3 del Reglamento de la CorteIDH.

cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno”¹⁷⁷. A lo que, este Tribunal ha agregado: “En conclusión, todo tribunal interno o internacional debe estar consciente que una adecuada valoración de la prueba según la regla de la “sana crítica” permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados”¹⁷⁸.

En concreto, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos¹⁷⁹. Vale decir, que no considera un quantum específico de prueba, sino que considera a todas las pruebas en su conjunto como necesarias para el establecimiento de los hechos violatorios de los derechos protegidos por la CADH, haciendo honor al objetivo del Derecho internacional de los Derechos Humanos que es amparar a las víctimas y reparar los daños que hayan sufrido.

Por otra parte, en cualquier etapa del proceso, y antes de que se cierre con los alegatos finales de las partes, se puede presentar el escrito de quien desee actuar en calidad de *amicus curiae*, lo que permite que la Corte reciba diversos aportes y razonamientos que pueden ayudarla a mejor resolver un caso concreto¹⁸⁰.

La CortelDH está facultada para ordenar medidas provisionales¹⁸¹ de protección en cualquier etapa del procedimiento. La finalidad es proteger los

¹⁷⁷ CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia sobre el fondo, 29 de julio de 1988, párrafos 135 – 136.

¹⁷⁸ CIDH, Caso Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 76.

¹⁷⁹ Cfr. CIDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia sobre el fondo, 29 de julio de 1988, párrafo 128.

¹⁸⁰ Según lo establecido por el artículo 44 del Reglamento de la CortelDH.

¹⁸¹ En el 2015, la Corte celebró audiencias para determinar el establecimiento de estas medidas, y dictó veintidós resoluciones sobre medidas provisionales. Estas resoluciones tienen diversa naturaleza, tal como: (i) la continuación o, en su caso, ampliación de medidas provisionales o levantamientos parciales; (ii) levantamientos totales; y (iii) desestimación de medidas provisionales. Actualmente la Corte cuenta con veinticuatro medidas

derechos de personas determinadas, o grupos de personas determinables que se encuentran en situación de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables. Los requisitos de procedencia son: extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño. Estas medidas pueden ser dictadas de oficio por la Corte, o pueden ser solicitadas por: (i) la Comisión en cualquier momento, aún si el caso no está sometido a la jurisdicción de la Corte; (ii) los representantes de las presuntas víctimas, siempre que estén relacionadas con un caso en conocimiento de la Corte. A fin de fortalecer el cumplimiento de sus decisiones, la Corte realiza una labor de supervisión del cumplimiento de las medidas ordenadas, a través de la evaluación de los informes presentados por los Estados, y las observaciones efectuadas a los mismos por los beneficiarios y la Comisión¹⁸².

Una vez terminadas las etapas escrita y oral del proceso, la Corte emite sentencia¹⁸³, pronunciándose sobre las violaciones a los derechos protegidos por la CADH cometidas por el Estado demandado¹⁸⁴. El fallo debe estar debidamente motivado, teniendo en cuenta los hechos probados y el Derecho aplicable. Asimismo, debe señalar las medidas o reparaciones y costas, si procediera, que el Estado está obligado a indemnizar a las víctimas o sus

provisionales bajo supervisión. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, párrafos 92, 101.

¹⁸² Según lo establecido por los artículos 27 del Reglamento de la CorteIDH, y 63.2 de la CADH.

¹⁸³ En el año 2015 la Corte emitió un total de dieciocho sentencias, las cuales se dividen en dieciséis sentencias resolviendo las excepciones, fondo y reparaciones, y dos sentencias de interpretación. Al 31 de diciembre de 2015, la Corte cuenta con veinticinco casos por resolver. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, pp.45, 61.

¹⁸⁴ Según lo establecido por los artículos 64 a 67 del Reglamento de la CorteIDH.

familiares por el daño material y moral causado. Esta decisión es definitiva e inapelable¹⁸⁵.

Respecto a las reparaciones, la CortelDH, a diferencia de su par europeo, ha establecido estándares mucho más diversos que la reparación monetaria por las violaciones de derechos¹⁸⁶. Así pues, ha establecido que las víctimas y sus familiares tienen derecho a recibir una reparación por el daño material y moral causado a raíz de las violaciones. En su jurisprudencia, la Corte ha determinado que el daño material¹⁸⁷ incluye el lucro cesante y el daño emergente. El lucro cesante está constituido por los ingresos dejados de percibir como consecuencia de la violación. El daño emergente está compuesto por los gastos efectuados por las víctimas o sus familiares debido a los hechos ocurridos.

¹⁸⁵ Según lo establecido por los artículos 65 del Reglamento de la CortelDH, y 66 - 68 de la CADH.

¹⁸⁶ La Corte ha subrayado el carácter compensatorio y no punitivo de las reparaciones. CIDH, Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 38. Del mismo modo, ha señalado que el propósito de las medidas de reparación es lograr una “*restitutio in integrum*” o plena restitución por los daños causados. Con la reparación se busca restituir plenamente a las víctimas el goce de sus derechos violados; o en caso de que la restitución plena no sea posible, la Corte ordena la adopción de medidas para garantizar el respeto de los derechos, reparar las consecuencias producidas y efectuar el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Cfr. CIDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de agosto de 1990, párrafos 26 - 27. CIDH, Caso Godínez Cruz contra Honduras, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de agosto de 1990, párrafo 27. CIDH, Caso Maritza Urrutia contra Guatemala, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, párrafo 144. CIDH, Caso López Mendoza contra Venezuela, Sentencia del 1 de septiembre de 2011, párrafo 209. CIDH, Caso Fleury y otros contra Haití, Sentencia de Fondo y Reparaciones, Sentencia del 23 de noviembre de 2011, párrafo 117.

¹⁸⁷ “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, [y en su caso, de sus familiares,] los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”. CIDH, Cfr. Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia, Sentencia del 5 de julio de 2004, párrafo 236. CIDH, Caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Sentencia del 7 de junio de 2003, párrafo 162. CIDH, Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, Sentencia de Reparaciones y costas, 27 de febrero de 2003, párrafo 65. CIDH, Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, Sentencia de Reparaciones y costas, 22 de febrero de 2002, párrafo 43. CIDH, Caso Castillo Páez, Reparaciones, 27 de febrero de 2002, párrafo 76. CIDH, Caso Maritza Urrutia contra Guatemala, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, párrafo 155.

Del mismo modo, la Corte ha ordenado como reparación diversas medidas de satisfacción¹⁸⁸, tales como: (i) investigar diligentemente los hechos, juzgar y condenar, si correspondiere, a los responsables de la violación cometida; (ii) publicar la sentencia o un resumen oficial en un diario de circulación nacional; (iii) realizar un acto público de presentación de disculpas a las víctimas de parte del Estado por las violaciones cometidas; entre otras¹⁸⁹.

Si el caso lo amerita, la Corte establece, además, medidas de no repetición con el propósito de eliminar las causas estructurales de la violación, tales como: (i) solicitar cursos de capacitación para agentes policiales, fiscales o judiciales, o de cualquier otro funcionario público; (ii) implementar mecanismos especiales de investigación para un determinado tipo de violación de derechos; (iii) modificar o derogar cualquier tipo de normativa que se considere contraria a la

¹⁸⁸ La Corte ha determinado que se trata “de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir y que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad o el consuelo de sus deudos”. Cfr. CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia de Reparaciones y Costas, 26 de mayo de 2001, párrafo 84. CIDH, Caso Contreras y otros contra El Salvador, Fondo, Sentencia de Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2011, párrafo 227. CIDH, Caso Fontevecchia y D’Amico contra Argentina, 29 de noviembre de 2011, párrafo 120.

¹⁸⁹ Dichas medidas incluyen la investigación y esclarecimiento de la verdad de los hechos y la sanción efectiva de los responsables, la búsqueda de los restos mortales de las víctimas, al igual que la prevención de violaciones similares a los derechos humanos mediante la adopción de medidas positivas como legislación, entrenamiento en derechos humanos de las fuerzas de seguridad, entre otros. Del mismo modo, la Corte ha ordenado actos de desagravio o de restitución del honor y reputación de las víctimas y de sus familiares, de aceptación de responsabilidad por parte del Estado y el pronunciamiento de disculpas públicas o privadas; así como el otorgamiento de becas, la creación de fundaciones, la construcción de escuelas u hospitales, el levantamiento de monumentos, la publicación de la sentencia que la Corte emita en el caso concreto, la mención de los hechos en los libros de historia, entre otras. Cfr. CIDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989, párrafos. 34 - 35. CIDH, Caso Familia Barrios contra Venezuela, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, párrafo 322. CIDH, Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrafo 301. CIDH, Caso Molina Theissen contra Guatemala, Sentencia de Reparaciones y costas, 3 de julio de 2004, párrafos 77 - 91. CIDH, Caso Kimel contra Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 123. CIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafos 264 - 297.

CADH; (iv) adoptar cualquier tipo de legislación necesaria para garantizar el ejercicio efectivo de determinados derechos.

Una vez comunicada la sentencia, en caso de desacuerdo sobre el sentido y el alcance del fallo, las partes están facultadas para solicitar una interpretación de la sentencia¹⁹⁰. Las sentencias son publicadas y son de obligatorio cumplimiento para los Estados partes a la CADH¹⁹¹. Vale decir, que la sentencias tienen un efecto de cosa juzgada entre las partes del proceso. No obstante, para los demás Estados que hayan ratificado la CADH y que aceptaron la competencia de la Corte, aun cuando no son parte en un proceso específico, la interpretación efectuada por la Corte debe ser tomada en consideración en carácter de recomendación; pues, de darse la misma situación en otros Estados, y de recurrirse al Sistema Interamericano, existiría un precedente de pronunciamiento¹⁹².

A través del proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias¹⁹³, la Corte determina si el Estado ha cumplido o no con las medidas y reparaciones

¹⁹⁰ Según lo establecido por los artículos 67 de la CADH y 68 del Reglamento de la CorteIDH.

¹⁹¹ Según lo establecido por el artículo 68 de la CADH.

¹⁹² Las sentencias de los tribunales internacionales tienen un efecto directo e indirecto. El efecto directo se realiza con la declaración de la responsabilidad internacional por parte del Estado por violación de los derechos humanos y la disposición de reparar el daño ocasionado; así como por la reforma de normativa interna que en algunos casos deba realizar el Estado. El efecto indirecto implica que la interpretación realizada por este tipo de Tribunales respecto de los instrumentos internacionales se tenga como “referencia a su consideración como instrumentos útiles y valiosos para la interpretación de los derechos constitucionales”, pero sin que ello signifique la existencia de una relación jerárquica entre los textos, entre la CADH y las Constituciones de los Estados. Cfr. CASTILLO VÍQUEZ, Fernando; *Ejecución de las sentencias en el Derecho Público Costarricense*, Juritexto, Costa Rica, 2009, p. 104

¹⁹³ En el año 2015 entró en funcionamiento una Unidad de la Secretaría de la Corte dedicada exclusivamente a la supervisión de cumplimiento de Sentencias (Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias), con el fin de dar un mayor seguimiento al grado de cumplimiento por parte de los Estados de las diversas medidas de reparación que son ordenadas, labor que hasta ese entonces se encontraba repartida entre los diferentes equipos de trabajo del área legal de la Secretaría de la Corte, los cuales también se encargaban de trabajar en los casos contenciosos pendientes de Sentencia, en el seguimiento de medidas provisionales y en opiniones consultivas. Durante este año, la Corte Interamericana realizó 8 audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencia, mediante las cuales supervisó el cumplimiento de sentencias de 14 casos. En este contexto, la Corte emitió 36 resoluciones sobre supervisión

ordenadas en la sentencia. Se realiza con la evaluación de los informes periódicos remitidos por el Estado, así como las observaciones efectuadas a dichos informes por las víctimas y la Comisión. Del mismo modo, la Corte tiene competencia para requerir otras fuentes de información, como peritajes o convocar a audiencias de supervisión de cumplimiento, y escuchar la opinión de la Comisión¹⁹⁴.

La CAD establece que la Corte someta, en su informe anual, a consideración de la Asamblea General de la OEA, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos¹⁹⁵, con el objetivo de que ésta inste a los correspondientes Estados a cumplir con dichos fallos, y preservar así el efecto útil de la Convención Americana¹⁹⁶.

La *función consultiva* consiste en una función interpretativa que realiza la Corte respecto de la CADH y de otros tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como de disposiciones de Derecho interno. Las solicitudes de opinión consultiva pueden ser presentadas por los Estados miembros de la OEA, por los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta OEA, así como por la CIDH¹⁹⁷.

de cumplimiento de sentencia, mediante las cuales supervisó el cumplimiento de sentencias en 61 casos. Asimismo, la Corte recibió informes y anexos de los Estados en 104 de los 154 casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia. se declaró el cumplimiento total de las Sentencias de cuatro casos correspondientes a Bolivia, Ecuador y Argentina. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, pp.65 – 67, 78.

¹⁹⁴ Según lo establecido por los artículos 69 del Reglamento de la CorteIDH, 30 del Estatuto de la CorteIDH y 62 y 65 de la CADH.

¹⁹⁵ Según lo establecido por los artículos 65 de la CADH y 30 del Reglamento de la CorteIDH.

¹⁹⁶ En el año 2015, la Corte ha comunicado a la Asamblea General de la OEA 13 casos. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Informe Anual 2015*, 31 de diciembre de 2015, p. 82.

¹⁹⁷ Según lo establecido por los artículos 64 de la CADH, y 70 - 72 del Reglamento de la CorteIDH. Cfr. CORTEIDH; "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art.

Una vez recibida la solicitud, ésta debe ser comunicada a todos los Estados de la OEA, a la CIDH, al Consejo Permanente, la Secretaría General de la OEA y a todo órgano de dicha Organización, a cuyo ámbito de competencia se refiere la consulta. Durante el procedimiento es posible que los Estados presenten sus opiniones por escrito; incluso la Corte tiene la facultad de convocar a audiencia si así lo considera, luego de lo cual emite la respectiva opinión¹⁹⁸.

En concreto, se aprecia que la esencia del SIDH es la protección de los derechos fundamentales de las personas; en consecuencia, las víctimas o sus familiares ocupan un lugar protagónico y esencial; por ello, en el proceso se permite el ingreso de la mayor cantidad posible de elementos de prueba con el objeto de determinar la verdad de lo sucedido. En este sentido, lo único relevante que debe ser probado es que la violación denunciada es atribuible a un poder público, sin tener necesidad de identificar a un autor concreto. Así pues, el procedimiento desarrollado tiene por finalidad la atribución de responsabilidad al Estado, y el logro de la reparación de las víctimas por la violación de sus derechos.

Conforme se puede apreciar tanto el SEDH como el SIDH tienen una estructura de formación y de trabajo similar, pese a que se desarrollan en contextos sociales, culturales diferentes. En ambos Sistemas se protegen derechos universales similares que encuentran su máxima protección en la integración de los estándares supranacionales en el Derecho interno de los Estados que conforman cada Sistema.

64 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, párrafos 36 – 48.

¹⁹⁸ Según lo establecido por los artículos 73 - 75 del Reglamento de la CorteIDH. Actualmente la CorteIDH ha emitido 22 Opiniones Consultivas. Ver: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Última visita 11 de mayo de 2016.

CAPÍTULO II

LÍMITES O RESTRICCIONES PERMITIDOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Consideraciones Generales

La principal función que tiene el reconocimiento y la protección de los DF es la promoción de la dignidad humana, por ello su reconocimiento a nivel internacional y nacional (constitucional) debe interpretarse a fin de garantizar el goce de estos derechos de forma efectiva.

Sin olvidar que cuando se habla de DF no existe una relación de reciprocidad entre la persona y el Estado, como sí puede darse en otro tipo de tratados internacionales. En el caso de los tratados de derechos humanos el único objeto de protección es la persona y todas las prestaciones son a cargo del Estado en favor de la persona, sin que ésta tenga que devolver nada a cambio. Son derechos frente al Estado traducidos en normas que imponen deberes al poder público.

Al ser integrados en el Derecho interno, estos derechos se constituyen como atributos de la persona garantizados por el orden constitucional, y se convierten en exigibles por ella respecto de todos los órganos y autoridades estatales y todos los particulares¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Al respecto Nogueira afirma que: “Es un punto pacífico hoy la naturaleza de derechos subjetivos de los derechos constitucionales no sólo en cuanto otorgan a la persona una facultad como asimismo un status jurídico en un ámbito de la existencia. Sin embargo, los derechos constitucionales poseen también una significación objetiva, son como lo sostiene *Schneider*, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado constitucional contemporáneo. Así hoy se admite que los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución”. Cfr. NOGUEIRA

Así tenemos que, aunque el reconocimiento de éstos se basa en la dignidad humana, necesita al Estado para lograr la protección efectiva que tanto los tratados sobre derechos humanos como las Constituciones proclaman. Para lograr esto, el Estado necesita configurar un sistema de protección que integre las normas internacionales con las constitucionales al momento de establecer el contenido de los DF, delimitar su alcance máximo y establecer límites.

Al realizar esta tarea, una parte de la doctrina considera que es posible la aparición de conflictos entre los derechos protegidos, lo que podría resultar inevitable cuando una conducta amparada dentro de la configuración de un derecho a la vez se convierte en una intromisión en la esfera de protección de otro derecho.

Esta complejidad hace necesario que la existencia de los DF quede regulada, estableciendo su identificación, las fronteras de cada derecho; por lo que el estudio de lo que implica los límites a los DF resulta interesante de abordar.

En este sentido, primero se efectúa una breve aclaración terminológica entre limitaciones y delimitación (1); luego se examina el alcance de la delimitación de los derechos fundamentales (2), posteriormente el de las limitaciones o restricciones a dichos derechos (3); centrando este análisis desde una perspectiva de integración del Derecho internacional con el interno (4); finalmente, se expresan algunas consideraciones a tener en cuenta sobre las limitaciones y la aplicación de los derechos fundamentales (5).

ALCALA, Humberto; "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis* 2, Talca, 2005, pp. 15-64.

1. ¿Limitación o delimitación de los derechos fundamentales?: una breve referencia terminológica

El tema de los límites y la delimitación de los DF constituye un debate que sigue vigente. Este debate se centra principalmente en determinar si los límites forman parte del contenido del DF, o si, por el contrario, establecer límites ayuda a definir ese contenido esencial que se debe proteger.

La primera cuestión es la existencia de diversas expresiones que, utilizadas indistintamente, pueden llevar a confusión. Con ello, se hace referencia al uso de las siguientes expresiones: “límites”, “limitaciones”, “restricciones”, “delimitación”, “configuración”.

La falta de precisión adecuada de lo que cada una de estas expresiones significa ha llevado a Díez-Picazo a afirmar: “puede inducir a confusión sobre quién está legitimado a imponer topes a quién; es decir, puede llevar a poner en un mismo plano la simple posibilidad de que, siempre que concurren ciertas condiciones, la ley limite los derechos fundamentales y la irrenunciable función constitucional de éstos últimos como barrera frente a la decisión legislativa por mayorías”. Así este autor, escoge referirse a “delimitación” como las intervenciones que complementan la indeterminación del texto constitucional para fijar hasta dónde llega un derecho. Denomina como “restricciones” a cualquier medida, de alcance general o particular, destinada a reducir el ámbito de aplicabilidad de un derecho²⁰⁰.

Sobre esta cuestión, se puede hacer referencia también, a lo expresado por Jiménez Campo, quien entiende los “límites” como “constricciones,

²⁰⁰DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 115.

excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido”; y “delimitación” como “todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental”²⁰¹.

Por el contrario, Muñoz Arnau considera que la expresión “límite” se refiere a la actividad delimitadora, pues para él, delimitar es establecer límites. En cambio, usa la expresión “limitación” para referirse a la restricción o impedimento. En su opinión, esta es la forma de diferenciar lo que cada una de estas expresiones implica, pues, para este autor, no hay otra manera de “discernir, en cada caso concreto, lo que quizás es presentado como *límite* y no es más que *limitación*”²⁰².

Partiendo de la idea de que los DF son atributos inherentes a la dignidad humana, y que constituyen deberes que el Estado tiene para con la persona, necesitan una expresión jurídica que haga su protección y ejercicio posible y efectivo.

La realización de los DF no se da en las normas sino en su ejercicio y defensa, en este sentido, es importante establecer el ámbito de su existencia, identificar los contornos de unos derechos y otros, para determinar el alcance de vinculación de los poderes públicos²⁰³. La cuestión que importa, en mi opinión, no es la que se presenta a nivel doctrinal, sino en la influencia que dicho debate tiene en la aplicación de los DF y su repercusión en la protección efectiva de los mismos.

²⁰¹ JIMENEZ CAMPO, Javier; “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, p. 458.

²⁰² MUÑOZ ARNAU, Juan André; *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 21 – 22.

²⁰³ JIMENEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 36.

Por ello, en esta investigación se asume la expresión delimitación para referirse a la definición del contenido o del establecimiento de los “contornos” o “fronteras” de los DF; y las expresiones limitación o restricciones para referirse a las medidas legales adoptadas de forma general o específica que intervienen en el ámbito de aplicación de un derecho fundamental. Las que serán desarrolladas en las páginas siguientes.

2. Delimitación de los derechos fundamentales

La expresión delimitación es considerada como la expresión que engloba todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental²⁰⁴.

Es decir que, se realiza la definición y extensión jurídica de un derecho fundamental, lo que se traduce en determinar las facultades que se deben proteger. Así, de manera general, la delimitación de un DF comprende tres elementos. Uno subjetivo, que determina los sujetos activos y subjetivos de la protección. Otro objetivo, que indica el conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad otorgado a los titulares. Y, finalmente, el elemento formal, que establece las garantías de protección del DF²⁰⁵.

En este sentido, delimitar significa dotar de contenido jurídico un ámbito de la realidad que requiere una protección *iusfundamental*. Es el reconocimiento que hace el Derecho de las facultades que pueden ser ejercidas dentro del ámbito máximo de extensión de la protección brindada al DF.

²⁰⁴ Cfr. JIMENEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 38 -39.

²⁰⁵ Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 35- 36.

La principal cuestión sobre este tema resulta de entender cómo se realiza la delimitación del contenido de los DF. Existen diversas teorías que tratan de explicar lo que debe incluirse en lo que se denomina el contenido de los DF.

En este contexto, hay que recordar las siguientes teorías sobre los DF²⁰⁶:

- La teoría liberal, expuesta por Carl Schmitt, reconoce a los DF como anteriores y superiores al Estado, por lo que éste debe reconocerlos y protegerlos. Según esta teoría las libertades del individuo son ilimitadas y, en razón de ello, las facultades del Estado son limitadas. Es decir que, se desconocería la obligación que tiene el Estado de intervenir para asegurar la garantía de los derechos no solo de forma individual sino social.
- Para la teoría institucional, propuesta por Häberle, los DF tienen un doble carácter: individual e institucional. Los DF se realizan en la realidad social a través de las normas que constituyen su expresión objetiva, sin que sea prioritario que éstas normas sean constitucionales, ya que se reconoce que el legislador tiene función conformadora de los DF. La crítica a esta teoría se basa en el descuido a la vertiente individual de los DF, pues el predominio del aspecto institucional puede opacar el efecto limitador de las normas. Asimismo, se debe evitar desbordar la función legislativa por encima de la Constitución.
- Desde el punto de vista de la teoría axiológica, los DF adquieren el carácter de normas objetivas que regulan y reflejan un sistema de valores culturales que integran una comunidad estatal como expresión de una decisión axiológica que dicha comunidad adopta para desarrollarse. La crítica a dicha teoría se debe a

²⁰⁶ Se hace una breve descripción de las teorías sobre los DF en base a la clasificación hecha por Ernst Böckenförde. Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 39 – 50.

la exposición que hace del Derecho a las corrientes valorativas de una época determinada, considerando que se asume que los valores estarían sujetos a un continuo proceso de configuración social. Del mismo modo, se debe tener en cuenta el rol que juega el Estado para establecer lo que se considera valioso.

- Respecto a la teoría democrática funcional de los DF, el ejercicio de estos derechos se convierte en un medio para lograr el establecimiento de un sistema democrático. La crítica a dicha teoría se basa en la funcionalización que se atribuye a los DF, desnaturalizando su ejercicio individual y voluntario para convertirse en un deber. Así, se olvida que los DF representan fines en sí mismos, y no constituyen medios para lograr principios ajenos a ellos.

- Desde la teoría de los DF en el Estado social, se los considera como atributos que necesitan de prestaciones sociales. Esta vertiente social exige para su realización la actividad conformadora del legislador para dotarlos de contenido. Esta teoría implica una serie de condicionamientos, pues la obtención de prestaciones sociales para los DF se ve muchas veces obstaculizada por temas económicos, escasez de recursos, deficiente distribución de los mismos, desarrollo de políticas públicas; todo lo cual hace muy difícil su reclamo jurisdiccional.

Las teorías enunciadas difieren en cuanto al contenido de la delimitación que se debe dar a los derechos fundamentales. Si son utilizadas en la labor delimitadora de forma aislada, se puede llegar a una delimitación restrictiva de los mismos. A fin de lograr una protección más real y efectiva de estos derechos, es necesario que su delimitación contemple un ámbito de extensión amplio, no restrictivo, que incluya las diferentes expresiones y atributos de cada derecho fundamental.

Una delimitación que incluya un ámbito de extensión amplio, se consigue con una integración de las teorías anteriormente resumidas. Desde la universalización de los derechos fundamentales, gracias a la DUDH, se podría afirmar que, de alguna forma, se han fusionado todos los principios de estas teorías—tomando lo mejor de cada una de ellas— equilibrando los “excesos” o “déficits” que han sido objeto de críticas a cada una de ellas.

Actualmente, no queda duda de que los Estados han reconocido los DF como derechos anteriores al Estado que conceden amplias libertades al individuo (teoría liberal); no obstante, se reconoce que no son ilimitados, pues su regulación debe equilibrar los intereses individuales con los colectivos (teoría institucional) sin dar mayor preferencia a uno u otro. Asimismo, se ha reconocido la existencia y el deber de protección de la dimensión social, económica y cultural de los DF (teoría del Estado social). Este reconocimiento proclama el consenso de valores comunes (teoría axiológica) que identifican a toda la comunidad internacional y que no han sido concebidos como pasajeros, sino con la intención de que perduren, a fin de garantizar una convivencia pacífica. Este ideal se hizo posible dentro de un Estado de Derecho democrático (teoría democrática funcional), dónde los DF no constituyen el medio para establecer la democracia, sino que se conciben como el objetivo último de un sistema democrático, es decir que la democracia se convierte en el medio idóneo para lograr su protección efectiva²⁰⁷. En este debate sobre la delimitación de los DF, las teorías resumidas y la doctrina coinciden en que su

²⁰⁷ Como lo ha expresado Ferrajoli, el apogeo de la democracia se manifiesta en “la expansión de los derechos fundamentales y sus garantías y a través de la ampliación del Estado de Derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y se vean satisfechos los derechos fundamentales de las personas”. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 934.

naturaleza es normativa y que corresponde al legislador determinar los contornos de estos derechos.

Como en esta investigación se hace a nivel del DIDH, es decir a partir de los documentos internacionales que consagran los DF, el enfoque se hará desde esta perspectiva. Entonces, cabe preguntarse: ¿a quién corresponde a nivel supranacional delimitar los DF?

La respuesta es sencilla, dicha tarea corresponde a los Estados. Éstos en diversas reuniones, a través de las cuales se adopta el texto final del tratado, debaten la delimitación de los derechos fundamentales, logrando el consenso de diferentes intereses y valores en expresiones jurídicas concretas que, en última instancia, constituyen el consenso de los diferentes sistemas jurídicos existentes.

Así pues, los tratados sobre derechos humanos enuncian los derechos fundamentales asegurados, los delimitan, determinando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican; así como los límites ordinarios y extraordinarios que se pueden imponer.

A través de los enunciados del tratado se pueden precisar los atributos de los DF y las situaciones de hecho protegidas por el Derecho. El grado de apertura de estos enunciados sobre DF determinan situaciones jurídicas denominadas *prima facie*; es decir, que estamos frente a derechos asegurados y garantizados por consenso universal, cuyo alcance no está previsto o precisado de modo definitivo, pues deja al Derecho interno la tarea de incorporar tales derechos en su ordenamiento constitucional e irradiarlos en toda la normativa que conforma el Sistema jurídico de un Estado.

Del mismo modo, resulta interesante recurrir a la delimitación e interpretación que de estos derechos hayan efectuado los diversos organismos de la ONU y especialmente es necesario conocer los estándares que hayan establecido los tribunales internacionales de derechos humanos respecto al alcance del contenido y limitaciones de los DF, pues todo esto contribuye a su delimitación.

Lo expuesto, puede mostrarse a través de un ejemplo, la regulación del derecho a la vida. Así, se tiene que en el artículo 3 de la DUDH²⁰⁸ se consagra: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” El artículo 6, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” El artículo 2, inciso 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) señala: “El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en la ejecución de una condena a la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.” Y el artículo 4, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) estipula: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

²⁰⁸ Su texto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Es uno de los instrumentos internacionales que conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende además el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos.

En este caso, se enuncia un DF sin que se haga una descripción completa de lo que debe ser el contenido del derecho a la vida, se deja, un ámbito amplio de extensión que puede ser regulado a nivel del Derecho interno, o interpretado por los tribunales supranacionales y nacionales. Vale decir que, se trata de un enunciado “abierto” que deja habilitada la opción de ampliar la delimitación de este derecho.

Si se toma como otro ejemplo el derecho a la libertad de expresión, se tiene que el artículo 19 de la DUDH consagra: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

El artículo 19, inciso 2 del PIDCP establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” El artículo 10, inciso 1 del CEDH señala: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.” Y el artículo 13, inciso 1 de la CADH estipula: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por

escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Se puede ver que estos enunciados incluyen una delimitación más concreta del derecho; pues, describen sus atributos, las acciones que puede implicar y los medios de ejercerlo. Si bien es cierto, la delimitación aparece más precisa; no obstante, no implica que se trate de un enunciado “cerrado” que no permita la ampliación de la delimitación de este derecho a través de la interpretación de un órgano supranacional, o de la regulación del Derecho interno y la interpretación de los jueces nacionales, con la justificación última de brindar una protección mayor y más efectiva.

A nivel del Derecho interno corresponde, en principio, a la Constitución enunciar y establecer las condiciones de delimitación de los DF. No obstante, para definir un DF no basta con recurrir solamente a los enunciados normativos, los cuáles muchas veces pueden ser imprecisos, o indeterminados, pues, no siempre la Constitución establece la delimitación de los DF de forma indubitable.

En muchos casos las Constituciones nacionales remiten a una ulterior delimitación legal, a cargo del legislador nacional²⁰⁹. Es en esta cuestión en la que se centra el debate constitucional: hasta dónde puede llegar el alcance del legislador en la delimitación de los DF y a través de qué tipos de normas puede realizar esta tarea²¹⁰.

²⁰⁹ Teniendo en cuenta que se considera a la Constitución un Derecho de mínimos. En este sentido, no pretende regular todos y cada uno de los ámbitos en que se desarrolla la vida de los derechos fundamentales. Cfr. JIMENEZ CAMPO, Javier; “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público*, p. 480.

²¹⁰ Al respecto Díez-Picazo afirma: “Ni que decir tiene que, cuando el resultado de la intervención legislativa es de ampliación del derecho regulado, no se plantean grandes problemas constitucionales, la incertidumbre aparece, precisamente, cuando el resultado de la

Esta cuestión se puede responder teniendo en cuenta los principios que gobiernan el Derecho constitucional. La Constitución establece los parámetros de acción en los que se desenvuelven los poderes públicos. En base a ello, corresponde a la Constitución determinar el marco dentro del cual debe desempeñar su labor el legislador nacional. Vale decir que, éste no puede ir más allá de lo que le impone la Constitución.

En este sentido, son necesarias las leyes de desarrollo constitucional, que definan o completen los atributos del derecho que se quiere proteger, para asegurar el contenido y disfrute efectivo de los derechos fundamentales. Al respecto, cabe preguntarse, en esta labor delimitadora ¿de dónde extraerá el legislador los atributos que incluirá en dicha delimitación de los DF?

Una vez más, la respuesta es sencilla. Debe, en primer lugar, tener en cuenta los parámetros de delimitación de derechos contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado sobre la protección de estos derechos. Del mismo modo, debe recurrir a los estándares jurisprudenciales establecidos al respecto por el Tribunal supranacional que vincule a su Estado. Y, por supuesto, la doctrina y todo otro medio que desarrolle y enriquezca la definición²¹¹ del ámbito de las situaciones *iusfundamentales* que sea necesario proteger.

En el desarrollo de dicha labor, es necesario tener en cuenta que a nivel del Derecho interno se deben implementar las disposiciones y obligaciones contenidas en los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado.

intervención legislativa es de restricción de los derechos fundamentales". DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 115.

²¹¹ Por ejemplo, el trabajo de los Comités creados por los tratados, como la Comisión de derechos humanos, e comité de derechos económicos, sociales y culturales, el cual se traduce en documentos denominados observaciones generales.

Lo cual quiere decir que, en el Derecho interno, ya sea a través de la Constitución o de las leyes de desarrollo constitucional se debe implementar la delimitación contenida en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.

Así, la norma constitucional y todas las leyes que conformen el sistema de protección de derechos fundamentales a nivel interno²¹², pueden ampliar el ámbito de delimitación de dichos derechos, extendiendo la protección a otros atributos que merezcan ser protegidos, lo que no es posible, es disminuir el ámbito delimitado para cada DF en dichos instrumentos.

En este contexto, tal como ha sido afirmado, tanto a nivel del Derecho internacional como del Derecho interno, los derechos reconocidos y garantizados se encuentran delimitados a través de enunciados que no son definitivos, que son “abiertos”; por lo que es necesario que se desarrollen las disposiciones jurídicas pertinentes que contengan el objeto material de los derechos fundamentales, en términos que consoliden una colaboración activa y auténtica entre el DIDH y el Derecho interno²¹³.

²¹² Se debe recordar que las principales obligaciones que asume el Estado al ratificar un tratado de derechos humanos es derogar todas las normas que sean incompatibles con las obligaciones de protección de los derechos y adoptar conforme a sus disposiciones constitucionales todas las disposiciones legislativas que sean necesarias a fin de garantizar la protección efectiva de los derechos reconocidos en dichos instrumentos. Al respecto ver: artículo 2 del PIDCP; artículo 2 del PIDESC; artículo 1 del CEDH; artículos 1 y 2 de la CADH.

²¹³ A propósito de esta relación entre el Derecho interno y el internacional, Antônio Cançado Trindade enfatiza: “descartada la compartimentación, teórica y estática, de la doctrina clásica, entre el derecho internacional y el derecho interno, hoy día, con la interacción dinámica entre uno y otro en el presente dominio de protección, es el propio Derecho que se enriquece –y justifica– en la medida en que se cumple su misión última de hacer justicia. En el presente contexto, el derecho internacional y el derecho interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano. En este umbral del siglo XXI, es alentador constatar que el derecho internacional y el derecho interno al fin caminan juntos y apuntan en la misma dirección, coincidiendo en el propósito básico y último de la protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias”. CANÇADO TRINDADE, Antonio; *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2006, p. 315.

Así pues, teniendo en cuenta que no es posible delimitar de una sola vez y para siempre el alcance máximo de un derecho fundamental, es sumamente importante la labor de interpretación que realiza el juez en este sentido, para completar o dar sentido y alcance a los enunciados normativos.

Dicha labor interpretadora, como herramienta que enriquece la delimitación de los DF²¹⁴, debe ser utilizada para entender los enunciados normativos en relación con la realidad y con el momento histórico en que se desarrolla la protección de los derechos fundamentales.

Para ello, el juez debe tener presente que los derechos no son irreversibles y que las conductas una vez aceptadas como parte de la delimitación, no pueden ser disminuidas, podrán incluirse nuevas, pero nunca dejarse de considerar aquellas a las que ya se les ha dado protección.

En este sentido, la interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el principio *pro homine*, es decir que, se debe tratar de brindar la protección más amplia que se pueda establecer respecto a un derecho fundamental en un contexto y momento determinado. Asimismo, esta labor del juez debe integrar a nivel interno los estándares jurisprudenciales establecidos por los tribunales supranacionales, a fin de brindar coherencia al Sistema de protección de los derechos fundamentales.

En resumen, hablar de delimitación de los DF implica determinar el ámbito máximo de extensión de las conductas que gozan de una protección *iusfundamental*. Esta protección debe brindarse con una perspectiva de

²¹⁴ En este sentido, Häberle manifiesta que “el derecho fundamental es un elemento que asume, por así decir, formas siempre nuevas de acuerdo a la situación de conflicto, y que debe ser actualizado y concretizado caso por caso, no obstante, el hecho de que él haya sido fijado en la Constitución”. HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Dykinson-constitucional, Madrid, 2003, p.177.

mantener a los derechos “vivos”, es decir que, pese al transcurso del tiempo y de los cambios sociales inevitables, el derecho no debe quedar desamparado; por el contrario, su ámbito debe expandirse y mantenerse en actualización constante²¹⁵. La inclusión de nuevas conductas en el ámbito de protección ha llevado a que en determinadas situaciones se permitan regular restricciones o limitaciones para mantener la armonía entre los DF.

3. Limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales

Como se ha dicho los derechos pueden entrar en conflicto, por lo que, el hecho de que se considere a los derechos fundamentales como derechos con carácter limitado constituye una visión casi unitaria tanto en el Derecho internacional como en el Derecho interno, a fin de mantener su coexistencia coherente dentro del sistema de protección.

Si bien es cierto, se reconoce la existencia de derechos que son considerados como absolutos. Entre los cuáles se puede citar como ejemplo el derecho a la integridad física y psíquica, que implica que en ningún tipo de situación se considere legítimo el someter a una persona a tortura o a pena o tratos inhumanos o degradantes²¹⁶. No obstante, la concepción de los derechos fundamentales como derechos ilimitados se ha superado tanto de forma doctrinaria como legislativa y jurisprudencial.

Al respecto Alexy afirma que “los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser un conocimiento evidente y

²¹⁵Al respecto, desde un enfoque constitucional Ana Aba Catoira afirma que “se requiere una labor creadora capaz de actualizar el mensaje que los derechos fundamentales llevan dentro”. Cfr. ABA CATOIRA, Ana; *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49.

²¹⁶Lo mismo se puede afirmar del derecho a la no discriminación y a la igualdad, a fin de mostrar otros ejemplos de que existen algunos derechos que pueden ser considerados absolutos.

hasta trivial”²¹⁷. Del mismo modo, Fernández subraya que el pretendido carácter absoluto de los derechos fundamentales resulta una falacia, no sólo para la época contemporánea, en las sociedades tan complejas en las que nos toca vivir, con fuerte intervencionismo estatal e intensas relaciones Estado - ciudadanos, sino que lo ha sido siempre, por más que la realidad actual lo ponga más de relieve. Para este autor “el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contradicción alguna”²¹⁸.

Se asume, entonces que, no todos los derechos fundamentales son ilimitados o absolutos, sino que en algún momento pueden estar sujetos a limitaciones. Ello es así, en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente compatibilizar el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada del Estado. Vale decir que, todos los derechos deben coordinarse unos con otros; y porque hay otros derechos no fundamentales y bienes jurídicos con los que a veces es también precisa una coordinación equilibrada y, en fin, porque el ejercicio de esos derechos fundamentales ha de cohonestarse con exigencias indispensables de la comunidad²¹⁹.

En este contexto, resulta pertinente hacer un breve recorrido histórico sobre la consideración de los DF como derechos limitados o restringibles. Con dicho fin, se hace una exposición de lo establecido desde las primeras Declaraciones de

²¹⁷ Alexy afirma ello, en virtud de que la Ley Fundamental manifiesta con toda claridad cuándo se habla expresamente de restricciones, limitaciones y delimitaciones, señalando los artículos constitucionales que contienen cada una de estas materias. ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 267.

²¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 100.

²¹⁹ Tomando como referencia lo expresado por Kalus-Dieter Borchardt y Karl August Bettermann citados por Brague en: BRAGE CAMAZANO, Joaquín; *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 36 – 37.

derechos que dieron origen al constitucionalismo y luego a la internacionalización de la protección de estos derechos, para evidenciar la necesidad de la imposición de limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales (A), y así determinar la definición de las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales (B).

A) Necesidad de imponer limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales

Desde el inicio del reconocimiento del hombre como sujeto de derechos, y desde la adopción de los primeros instrumentos jurídicos, consagrando el reconocimiento de sus derechos fundamentales, éstos han sido considerados como límites al poder del gobernante.

En los primeros instrumentos de reconocimiento de DF, como el Bill of Rights de 1689 o la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica²²⁰ se declaran algunos antiguos derechos y libertades, y se refuerza la autoridad del Parlamento o Congreso como órgano vital de gobierno y de producción de las leyes.

En el caso específico de la Constitución de Estados Unidos, la concepción de los derechos como absolutos se ve afirmado en las diez primeras enmiendas efectuadas a dicha Constitución. Así, la primera enmienda establece que el Congreso no puede aprobar ninguna ley que determine un tipo de religión o que prohíba su ejercicio, que coarte la libertad de expresión y prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente²²¹.

²²⁰ Esta Constitución entró en vigor en 1788 al ser ratificada por 11 Estados. Los dos Estados restantes: Carolina del Norte y la Isla Rhode la ratificaron en 1790.

²²¹“1. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people

Como se puede apreciar persiste la idea de que la principal característica de los derechos reconocidos es que son absolutos, y el triunfo de su reconocimiento significa una garantía de protección que impone límites al poder de la monarquía.

La idea de que los derechos naturales e inherentes a la persona, debido a su dignidad y al simple hecho de ser humano, no son absolutos, y tienen límites, la encontramos en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta Declaración dispuso de manera general en el artículo 4: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por ley”.

En el mismo sentido, el artículo 5 enfatizó la idea de que los límites se imponen para proteger a la sociedad, al establecer: “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”.

A parte de estos límites generales, la Declaración considera límites específicos a determinados derechos como la libertad de opinión y la de expresión establecidos en los artículos: “10. Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley” y “11. La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre;

peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.” Las Diez primeras enmiendas son conocidas con “The Bill of Rights”, y fueron aprobadas por el Congreso de los Estados Unidos el 15 de diciembre de 1791.

por consiguiente, cualquier ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”.

En estos dos casos el límite está constituido por el respeto al orden público, subrayando la idea de la protección de la sociedad en su conjunto. Del mismo modo, se establece que los límites solamente deben ser impuestos por la ley. En este sentido, se determina que los DF pueden limitarse en favor del bienestar de los demás, a parte de la intención de limitar el poder del gobierno, se acepta jurídicamente la idea del desarrollo de la persona y sus derechos en sociedad.

Al concretarse la internacionalización de los DF con la adopción de la DUDHH, se incluyó también la idea de la limitación o restricción de éstos, al establecerse en el artículo 29, párrafo 2 lo siguiente: “2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. “3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Esto es replicado en los posteriores instrumentos internacionales de protección de los DF con carácter universal, tales como el PIDCP y el PIDESC. Así, el PIDCP, dispone las siguientes restricciones o limitaciones legítimas: en el artículo 18 sobre el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión: “3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará

sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. En el artículo 10 que regula el derecho a la libertad de expresión se determinó que: “3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. El artículo 21 sobre el derecho de reunión pacífica estipula: “ (...) podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. El artículo 22 que regula el derecho de asociación establece que: “(...) el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (...)”.

A su vez, el PIDESC regula en el artículo 4 un parámetro general las limitaciones o restricciones: se de las mismas, al determinar que: “(...) en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos

derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

En los instrumentos internacionales citados, se aprecia que se usa indistintamente la palabra límites o restricciones de los DF, y que las razones son en la mayoría de los casos: el respeto a los derechos de los demás, al orden público la moral, la seguridad, la salud, cuya limitación o restricción puede darse solamente por ley en el marco de una sociedad democrática.

Del mismo modo, resulta necesario subrayar que la DUDH incluye una cláusula general de limitación de los derechos en ella reconocidos, lo que no ocurre en los Pactos Internacionales. Tanto en el PIDCP como en el PIDESC no se incluyó una cláusula general de limitación o restricción. En ambos Pactos la posibilidad de limitación se acepta solamente para algunos derechos como: el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de opinión, pensamiento y expresión; de reunión, asociación y formación de sindicatos.

Además, cabe resaltar que los dos Pactos incluyen una cláusula general que limita las restricciones a los DF, a fin de evitar menoscabo de los mismos o restricciones excesivas que los desnaturalicen y se conviertan en violaciones de dichos derechos. Esta cláusula establece la preferencia sobre normas de Derecho internacional o interno que garanticen una protección más amplia que la regulada en los Pactos.

De lo expuesto, se puede afirmar que tiene sentido la diferencia de concepción que se da desde la primera fase de reconocimiento de los DF hasta su reconocimiento universal con la DUDH. En un primer momento son considerados derechos absolutos, que en sí mismos constituyen límites al

poder que gobierna y que provocaron un cambio de modelo de Estado. Su regulación no queda en manos de un legislador soberano, sino que son reconocidos en la Constitución, norma fundamental que regula todo el accionar del Estado, la cual emana de un Poder Constituyente que obtiene sus atributos del pueblo.

Posteriormente, al concretarse su aceptación universal, son reconocidos jurídicamente por consenso como valores comunes que deben ser protegidos por la comunidad internacional para asegurar una convivencia pacífica. Es decir que, se asume la protección individual y colectiva de los mismos, como el indicador principal de la existencia de un Estado de Derecho y de democracia.

Se acepta, por consenso, el deber de protección de intereses individuales, que a la vez coexisten en colectividad. Los instrumentos internacionales citados, reflejan la aprobación de los Estados de tener a la persona como centro de su actuar, una persona que se desarrolla y vive en comunidad; por lo que su deber no consiste solamente en asegurar el disfrute de sus derechos de forma individual, sino también colectiva, dónde interactúan los derechos de todas las personas que integran un Estado y a la vez la comunidad internacional. Así, la concepción de los derechos fundamentales como derechos absolutos cede para reconocer, además de su dimensión individual, su dimensión colectiva, su desarrollo en el seno de una comunidad en la que deben coexistir de manera armoniosa.

Esta relación que existe entre el individuo y la comunidad, y el importante papel que tienen los DF en dicha relación, puede justificarse, en palabras de

Häberle²²², debido a que su garantía y ejercicio se caracterizan por la interrelación de intereses públicos e individuales como reflejo de la interconexión en que se encuentra el individuo con la comunidad; en razón de la función social que cumplen y porque constituyen el fundamento funcional de la democracia.

Esta convivencia en democracia justifica regular la interacción de todos los derechos en conjunto, integrando la dimensión individual y colectiva para brindar una protección efectiva de los DF. Para lo cual, el DIDH autoriza el establecimiento de límites o restricciones, en ciertas circunstancias y a determinados derechos, a fin de evitar el detrimento de un derecho o interés para asegurar la garantía de otro u otros derechos o intereses. En definitiva, lo que se busca es otorgar seguridad jurídica a la persona y lograr que los derechos se realicen en armonía unos con otros para mantener la unidad y coherencia del sistema de protección.

B) Definición y alcance de las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales

Como ha sido expuesto, las limitaciones o restricciones a los DF son aceptadas y han sido materializadas en expresiones jurídicas; por lo que resulta necesario conocerlas correctamente para entender el ámbito de su aplicación. A fin de lograr esto, se citará en primer lugar algunas definiciones dadas por la doctrina (a), y posteriormente, se analizará el alcance de las restricciones desde el punto de vista de los tratados de derechos humanos (b).

²²² Cfr. HÄBERLE, Peter; "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, Antonio; *La garantía constitucional de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 260 – 278.

a) Definición de limitaciones o restricciones

En este apartado se citan brevemente algunas definiciones dadas por algunos constitucionalistas y filósofos, conforme se detalla a continuación.

Las limitaciones, según Naranjo, “representan una entrada en el ámbito máximo del DF; es decir suponen una exclusión o modulación que afecta a determinados sujetos, facultades o garantías de la delimitación de los mismos”²²³. Es decir que, para este autor, la imposición de límites a los DF implica privar de protección jurídica a un espacio de su delimitación²²⁴.

Alexy los define como aquellas “normas que restringen la realización de principios iusfundamentales *prima facie*”. Para este autor, las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen posiciones *iusfundamentales*. Así, el objeto de la restricción son los bienes *iusfundamentalmente* protegidos y posiciones *prima facie* concedidas por principios *iusfundamentales*. Estos principios exigen una protección lo más amplia posible de los bienes protegidos. Por ello, una restricción de un bien protegido es siempre, también, una restricción de una posición *prima facie* concedida por el principio de derecho fundamental²²⁵.

Por otra parte, Sachs define las limitaciones a los derechos fundamentales como aquellas normas jurídicas que excluyen los efectos jurídicos *iusfundamentales* que normalmente deberían producirse con base en el

²²³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 73.

²²⁴ El autor entiende por delimitación de un DF el ámbito máximo de extensión de este derecho, su definición jurídica, la determinación de las facultades que la Norma Fundamental parece incluir en su protección. Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 35.

²²⁵ ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 272 – 275.

cumplimiento del ámbito normativo *iusfundamental*, es decir, los presupuestos negativos de los efectos jurídicos *iusfundamentales*, que ya no forman parte del tipo *iusfundamental*²²⁶.

Del mismo modo, Prieto considera a las limitaciones a los DF como imposiciones normativas de una conducta que restringen la libertad individual, la misma que precisamente encuentra su cristalización jurídica en los derechos fundamentales²²⁷.

Las definiciones presentadas coinciden en que las limitaciones significan una restricción al ejercicio de un determinado derecho; vale decir que, toda pretensión de ejercicio del atributo protegido por el Derecho queda limitada para favorecer a otro derecho o interés que no se realizará. Del mismo modo, estas definiciones concuerdan en que la restricción debe darse a través de una norma, es decir que la limitación debe estar determinada y regulada por el Derecho. Ello, implica que cualquier limitación o restricción que se de en la realidad sino está regulada por el Derecho sería antijurídica y podría derivar consecuencias que también deben estar previstas por el Derecho, una ilegitimidad que viola un derecho.

En este contexto, se analiza a continuación el alcance que debe tener la regulación de las restricciones, a fin de determinar la forma de su imposición, los destinatarios de las mismas y los límites de dichas restricciones.

²²⁶ Michael Sachs citado por Brage en: BRAGE CAMAZANO, Joaquín; *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 77.

²²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derecho fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 153.

b) Alcance jurídico de las limitaciones o restricciones

Después de haber enunciado algunas definiciones de limitaciones o restricciones, conviene analizar la cuestión más importante, la de saber cuál es el alcance que tienen dichas limitaciones o restricciones impuestas por el Derecho.

Al respecto, se considera relevante la existencia de concepciones según las cuales algunos límites a los derechos derivan del “interior” del propio derecho fundamental, mientras que otros provendrían desde “fuera” de este.

En este contexto, se habla de una *Teoría de los límites inmanentes*. En la doctrina alemana se habla de límites inmanentes respecto a los límites que, sin tener una clausula limitativa explícita, se derivan de la necesidad de compatibilizar el ejercicio de los derechos fundamentales con otros derechos igualmente fundamentales u otros bienes constitucionales, a fin de preservar también éstos últimos, aun sin estar explícitamente previstos en el texto constitucional, proveniente de una interpretación sistemática del texto constitucional²²⁸.

Del mismo modo, Häberle²²⁹ considera que el contenido de los DF y sus límites se obtiene a partir de una interpretación sistemática de la Constitución; pues, para este autor los límites admisibles no se constituyen por un proceso externo. Por el contrario, lo que denomina límites esenciales constituyen lo que

²²⁸ BRAGE CAMAZANO, Joaquín; *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 87.

²²⁹ HÄBERLE, Peter; *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 108. En el mismo sentido, Alexy expresa: “para la denominada “teoría interna”, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: El derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Es decir, cuando se habla de “límites” en lugar de “restricciones”, se habla de “restricciones inmanentes””. ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 268.

identifica al derecho fundamental desde su origen al interior de la Constitución. Vale decir que, para Häberle los límites inmanentes ayudan a determinar el contenido esencial de un derecho fundamental²³⁰.

Así, Naranjo afirma que se eliminaría la distinción de espacios en la estructura de un derecho fundamental, y por lo tanto, se llegaría a la conclusión de que todo el derecho fundamental es contenido esencial, gracias a la concepción de que tanto el contenido esencial como el límite de estos derechos coinciden desde una interpretación sistemática de la Constitución²³¹.

Jäckel opina que en la medida en que los límites inmanentes dependan en realidad del punto de vista subjetivo que se adopte, de las propias concepciones y prejuicios del observador, y no se dejen deducir objetivamente del propio derecho, se estaría creando así una especie de caballo de Troya que incide en el derecho desde su interior. Por lo que, al admitir que los límites inmanentes forman parte del propio contenido del derecho, y constituyen su significado, podría pensarse que no pueden afectar a su contenido esencial²³². Finalmente, Naranjo opina que considerar un límite como inmanente puede servir “para eludir la barrera del contenido esencial”; en razón de lo cual está a favor de hacer una diferencia entre delimitación y lo que él llama límites²³³,

²³⁰ Esto es lo que De Otto denomina como “límites intrínsecos”, es decir, aquellos que vienen dados por la propia naturaleza del derecho fundamental. Cfr. DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Madrid, 1987, p.151. Jiménez los denomina límites intrínsecos porque implican las fronteras que circunscriben el contenido del derecho. En este sentido, expresa que son actos del Legislador que privan a los DF de una parte de su contenido. Estos actos son externos a su construcción normativa. A diferencia de la delimitación que proviene de un acto legislativo que define “los contornos y objetivos” del derecho fundamental. Cfr. JIMENEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37.

²³¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 92.

²³² Las afirmaciones de este autor son expuestas por Naranjo, Ibid, p. 94, 97.

²³³ En esta investigación lo que Naranjo denomina límites se entiende como limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales.

derivada de la necesidad de defender otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos²³⁴.

Del mismo modo, Brage opina que no existen límites inmanentes, los rechaza, pues en su opinión, cualquier restricción es una restricción externa al derecho, que procede de fuera de él, y que solamente es válida en términos jurídicos si resulta constitucionalmente justificada y se somete al conjunto de garantías que esta prevé, propias de un Estado de Derecho para cualquier actividad limitadora de derechos fundamentales: reserva de ley, generalidad, exclusividad jurisdiccional, en su caso, principio de proporcionalidad, contenido esencial²³⁵.

En sentido contrario, la *Teoría de los límites externos* hace una diferencia entre el derecho fundamental y sus límites, a los que llama limitaciones, en el sentido de restricciones al ejercicio de un derecho²³⁶. Así, esta Teoría admite que en los ordenamientos jurídicos los derechos se presentan primordial o exclusivamente como derechos restringidos; y a la vez acepta que también existen derechos sin restricciones. Por lo tanto, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos²³⁷.

²³⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 97.

²³⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín; *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 87.

²³⁶ Cfr. NOGUEIRA ALCALA, Humberto; "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, v. 11, n. 2, Talca, 2005, pp. 15-64.

²³⁷ Alexy expresa: "El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas: el derecho y sus restricciones, entre las cuales se da una relación de tipo

La polémica entre teoría interna y externa no se da sólo sobre cuestiones conceptuales y problemas de construcción. Entre las teorías de la restricción y los supuestos normativos generales existen claras conexiones. Así, quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa, y aquel a quien le interese la posición de miembro o membresía en una sociedad, tenderá a la teoría interna²³⁸. 269

En este contexto, y recordando una vez más, que esta investigación se hace a nivel supranacional, el análisis se hace desde las normas internacionales, en específico las contenidas en la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos para demostrar que las restricciones o limitaciones concebidas desde las primeras declaraciones de derechos han trascendido al contexto universal y regional de protección de los DF. No se incluyen en este apartado el CEDH y la CADH, pues el análisis respecto a dichos instrumentos se hace en un apartado posterior respecto a la configuración de las limitaciones o restricciones en cada sistema de protección, entiéndase SEDH y SIDH.

Conforme a lo que se enuncia hasta ahora, se ha efectuado una diferenciación entre delimitación y restricciones o limitaciones sobre los derechos fundamentales. Al hacer esta distinción, ya se ha mostrado que se considera a las limitaciones como algo externo al derecho; por lo que se está ante dos proposiciones: en primer lugar, la necesidad de delimitar o definir el ámbito de los atributos del derecho fundamental que se quiere proteger; y, en segundo

especial, es decir, la de la restricción. Entonces, existe primero el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido. Esta es la teoría que suele ser llamada, por lo general, "teoría externa". ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 268.

²³⁸ Ibídem, p. 269.

lugar, la posibilidad de exceptuar la protección de un DF a través de una norma restrictiva enmarcada dentro de ciertos parámetros.

Así, la cuestión es plantearse ¿Cuándo se deben dar las limitaciones o restricciones y cuál es el alcance de éstas?, lo que vale decir, ¿cuáles son los requisitos para imponer restricciones o limitaciones?

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la DUDH, los derechos solamente pueden restringirse en su ejercicio para lograr la armonización de los derechos individuales de unos con otros, o en sentido colectivo. Determinándose como requisitos, que las limitaciones sean impuestas por ley, para proteger los derechos de los demás, el orden público, la moral y el bienestar general en el marco de una sociedad democrática.

En el mismo sentido, lo dispone el artículo 5 del PIDCP, al establecer que ninguna disposición del Pacto puede utilizarse para destruir cualquier otro derecho protegido en el mismo, o imponer mayores limitaciones que las determinadas por el Pacto. Del mismo modo, se establece como requisito que las limitaciones sean impuestas por ley.

En este caso, el Pacto, a diferencia de la DUDH, estipula de forma expresa que la delimitación de los derechos puede otorgar una protección mayor a lo establecido en dicho instrumento. Respecto del alcance de las limitaciones o restricciones, a diferencia también de la DUDH no establece un parámetro general, sino que lo hace en virtud de limitaciones específicas contenidas para derechos determinados, tales como la libertad religiosa, de expresión, de asociación, cuyo alcance es parecido al determinado por la DUDH: la protección del orden público, la moral, los derechos de los demás, agregándose la salud y la seguridad públicas.

Finalmente, el PIDESC, en el artículo 4, contiene una cláusula similar que autoriza la imposición de limitaciones a los derechos, siempre y cuando éstas sean compatibles con la naturaleza misma de los derechos protegidos por el Pacto, a fin de promover el bienestar general. Como medida del alcance de las restricciones; se añade como requisito que las limitaciones sean impuestas por ley.

Pues bien, de las normas enunciadas, se puede afirmar que se tiene en cuenta la teoría externa para determinar el alcance de las limitaciones que se pueden imponer a los derechos fundamentales. Esta afirmación se sustenta, en el hecho de que estos instrumentos internacionales establecen expresamente que ninguna limitación podrá menoscabar ninguno de los derechos que en ellos se consagra, es decir, que se impone el respeto al contenido esencial de los derechos, conforme al sentido en ellos determinados, en virtud del consenso alcanzado por los Estados que integran la comunidad internacional.

Otro ámbito del alcance de las limitaciones permitidas, es que solamente se pueden imponer para salvaguardar la actuación coordinada entre derechos, por ello, se autorizan para proteger el orden público; la salud, la seguridad, la moral públicas, y los derechos de los demás. Lo que se quiere evitar es un conflicto en la protección entre derechos o entre éstos y otros intereses.

Respecto a la definición que tiene cada uno de estos parámetros que autorizan la imposición de las limitaciones o restricciones permitidas, ninguno de los instrumentos mencionados determina una definición. Lo cual se puede entender, en el sentido de que, autoriza al Estado determinar las medidas, en ejercicio de su soberanía, y conforme a la obligación que tiene de desarrollar

todo un marco jurídico que incorpore a nivel interno la protección de los derechos enunciados en dichos instrumentos.

Del mismo modo, se puede entender que este alcance de las limitaciones se da para lograr una de las características trascendentales de los derechos fundamentales, que permanezcan vivos a través de los cambios históricos, sociales y culturales que se produzcan en la comunidad internacional.

Al igual que al hablar de la delimitación de los derechos, dónde se ha manifestado que es mejor que los derechos tengan expresiones jurídicas “abiertas” con un ámbito amplio que permita que su protección se adapte a los cambios sociales y permita incorporar otros atributos que con el paso del tiempo se haga necesario proteger. Pues bien, lo mismo se puede aplicar a las limitaciones o restricciones permitidas. Es mejor que no se determine una definición “cerrada” de lo que se debería entender por orden público, salud, moral, seguridad pública o los derechos de los demás, que podrían hacer inaplicables dichos instrumentos a las diversas culturas que coexisten en la comunidad internacional, y a los cambios sociales que se produzcan con el transcurso inevitable del tiempo.

Por ello, se han establecido dichos conceptos como parámetros generales dentro de los cuáles se deben determinar las limitaciones. Cada concepto deberá ser definido a través de la jurisprudencia, de la cual se deben extraer estándares que orienten a los Estados en la determinación de las limitaciones a los derechos fundamentales.

En cuanto a los requisitos que se deben respetar para la imposición de las limitaciones, todos los instrumentos citados establecen que éstas se impongan por imperio de la ley, respetando el contenido esencial de los derechos en ellos

enunciados y para proteger bienes que se consideran comunes a la sociedad democrática.

En este contexto, las limitaciones a los derechos fundamentales, conforme han sido establecidas en los instrumentos citados, no implican siempre, o en todos los casos prohibición, sino que, respecto a ciertas exigencias, hacen referencia a una actuación perfilada²³⁹; vale decir, que el Estado no está prohibido de actuar, de imponer limitaciones o restricciones permitidas, sino que su obligación consiste en proceder de una forma determinada o delimitada, dentro de parámetros específicos, señalados en dichos instrumentos, respetando determinados principios aceptados por consenso universal. No obstante, las restricciones o limitaciones permitidas no constituyen la regla sino la excepción que debe aplicarse con la finalidad de lograr que los derechos se ejerciten con armonía y coherencia.

En definitiva, las limitaciones autorizadas, se imponen para restringir el ejercicio de los derechos, de forma que cualquier pretensión de ejercicio que vulnere las limitaciones impuestas resulta antijurídica y tiene como consecuencia las responsabilidades previstas por el mismo ordenamiento. Es decir que se impide que el titular de un derecho, lo ejerza en perjuicio de otros o de la sociedad en su conjunto. Del mismo modo, toda restricción impuesta sin respetar el alcance y los requisitos determinados, resultará una violación del derecho protegido y tendrá como consecuencia, la responsabilidad del Estado por dicha violación²⁴⁰. Teniendo en cuenta que la protección de los DF funciona mejor si

²³⁹ Lo que Asís ha denominado como "límite delimitado". DE ASÍS, Rafael; *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p.73.

²⁴⁰ Entiéndase esta responsabilidad como responsabilidad internacional conforme a lo establecido en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de Estado de la CDI, dentro del

existe una colaboración entre el Derecho interno y el internacional, el Estado no puede perder de vista los parámetros generales dentro de los cuales se pueden imponer las restricciones permitidas.

4. Las limitaciones o restricciones permitidas desde una perspectiva de integración del Derecho internacional con el interno

En esta investigación se analizan las limitaciones o restricciones permitidas a los derechos fundamentales desde la perspectiva de integración entre el DIDH y el Derecho Constitucional.

En este sentido, el análisis parte de la existencia de un contenido que podría denominarse “iusfundamental”, teniendo en cuenta que los DF se han concebido como derechos naturales, inherentes a la condición humana, no creados por el Estado, pero sí reconocidos por éste a través de expresiones jurídico-normativas.

Del mismo modo, se mantiene la idea de que en el desarrollo y evolución de la protección de los DF se ha dado una relación de retroalimentación recíproca entre el DIDH y el Derecho Constitucional. Por ello, el establecimiento de limitaciones o restricciones permitidas proviene de las primeras declaraciones de derechos, de las primeras concepciones de los derechos que se incorporan en una Ley suprema, la Constitución, como rectora de todo el sistema jurídico de un Estado.

Una vez asumida la universalización de los derechos fundamentales en instrumentos internacionales, el Estado adquiere, en ejercicio de su soberanía, obligaciones específicas para su disfrute y garantía. A consecuencia de lo cual,

marco de las obligaciones específicas establecidas por los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

su sistema jurídico interno debe irradiar los valores comunes y las obligaciones internacionales asumidas. En este sentido, tanto el Derecho internacional de los derechos humanos como el Derecho constitucional consideran legítimas ciertas limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio coherente de los derechos individuales y de la comunidad en su conjunto.

Los alcances de dichas limitaciones o restricciones permitidas han sido determinados en instrumentos internacionales específicos por consenso de la comunidad internacional, y que se basan en el respeto de la dignidad y de valores comunes a toda la humanidad. A nivel del Derecho interno, corresponde a la Constitución Política y las leyes de desarrollo constitucional establecer limitaciones a los derechos fundamentales. No obstante, éstos constituyen un límite a la potestad legislativa del Estado, pues, no se puede imponer limitaciones o restricciones mayores que las establecidas en dichos instrumentos.

Desde el punto de vista constitucional, las limitaciones a los derechos fundamentales son consideradas necesarias para coordinar su protección con otros bienes y derechos constitucionalmente reconocidos. Así, su alcance normativo dentro del ordenamiento interno requiere que su restricción esté debidamente regulada desde la Constitución.

De ahí que, la Constitución debe determinar las condiciones de las limitaciones o restricciones permitidas a los derechos fundamentales, y los parámetros generales o expresos para su imposición. Se debe establecer cuál es el órgano del Estado habilitado para imponerlas; y los requisitos que deben observar las autoridades a las que se les encarga dicha labor.

En este contexto, cabe destacar, que la potestad legislativa otorgada al Legislador está limitada por la voluntad del Poder Constituyente que dio la Constitución, por lo que en su calidad de poder constituido no puede “deformar” el contenido esencial del cual ha sido dotado el DF en la norma suprema. Del mismo modo, que no puede imponer límites más estrictos que los señalados por la Constitución, la cual integra, a su vez, los parámetros establecidos por el DIDH.

En definitiva, lo que se debe tratar de lograr con dicha integración del Derecho internacional con el interno, es el establecimiento de un Sistema coordinado de protección efectiva de los derechos fundamentales, lo cual no será posible sin el trabajo coordinado de ambos Derechos.

5. Limitaciones o restricciones y aplicación de los derechos fundamentales

Como se ha precisado, la aplicación de las limitaciones o restricciones una vez incorporadas al Derecho interno, provienen del Legislador, el cual no debe permitir que se impongan conforme a la ideología de la mayoría política de turno. Por ello, se acepta tanto en el DIDH como en el Derecho constitucional que las limitaciones se impongan a través de leyes.

Esto es, lo que en el debate constitucional se denomina la reserva de ley²⁴¹. En este sentido, la discusión se centra en torno a lo que debe ser el contenido material y formal de estas leyes; el cuál debe ser determinado por la Constitución. Así, en esta materia, el Derecho internacional simplemente determina de forma genérica que las limitaciones se establezcan por ley,

²⁴¹ Alexy 273 Las reservas legales no son restricciones, fundamentan sólo la posibilidad jurídica de restricciones, algo que se ve claramente en el hecho de que puede existir una competencia para imponer restricciones sin que se haga uso de ellas.

dejando al Derecho interno, vale decir al Derecho constitucional, que estipule los parámetros dentro de los cuales puede movilizarse el legislador para cumplir su tarea.

De ahí que, en la aplicación de limitaciones o restricciones permitidas a los derechos fundamentales, la garantía del respeto por el contenido esencial de los derechos se convierte en una garantía frente al propio legislador, que, a su vez, se encarga de restringir notablemente el campo de acción de la ley, es decir, el campo de acción del legislador.

Del mismo modo, tanto el Derecho internacional como el interno consideran que la aplicación de limitaciones o restricciones permitidas para que sean legítimas deben cumplir con diversos requisitos. Primero, deben ser establecidas por quien tenga las competencias para ello, cuestión que es materia del Derecho constitucional. Segundo, deben cumplir los estándares jurídicos que establece el DIDH, el cual determina parámetros claros al respecto. Finalmente, las limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho, así como ser necesarias y proporcionales.

En este sentido, se puede afirmar que existe una prohibición de desproporción, toda vez que las leyes que imponen limitaciones al ejercicio de los derechos deben restringirse a lo indispensable. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de Derecho.

De ahí que toda limitación o restricción permitida que imponga el legislador a los derechos fundamentales, implica la realización de un juicio de constitucionalidad a partir de la relación entre la limitación del derecho y el bien

que busca ser protegido por ella, lo que se concreta a través del principio de proporcionalidad. El Derecho rechaza la limitación o restricción injustificada; por ello, la verificación que se realice debe analizar si la limitación es razonable y proporcionada o no lo es; si nos encontramos en este último caso, la limitación constituye una inconstitucionalidad, y por lo tanto, una violación de un DF.

De esta forma, se llega a señalar que en esta tarea es muy importante, además de la labor legisladora, la del juez, quien finalmente se encargará de evaluar y determinar si una restricción impuesta por el ordenamiento jurídico es violadora o no de un derecho fundamental.

La determinación de una violación o vulneración a un derecho fundamental se da en primer lugar en sede interna. Lo que vale decir que, corresponde en principio al juez interno evaluar si la restricción impuesta cumple los requisitos –señalados anteriormente– impuestos por el ordenamiento interno²⁴². En los Estados en los que el ordenamiento jurídico prevé la existencia de un Tribunal Constitucional, será este la última instancia nacional que se encargue de determinar la constitucionalidad o no de una limitación, y por ende la afectación de un derecho fundamental.

Ello, no impide que se inicie un procedimiento ante una instancia internacional, en caso se considere que el Estado ha fallado su deber de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la instancia supranacional realiza un control de convencionalidad de las limitaciones o restricciones permitidas

²⁴² En este sentido, la resolución judicial acerca de cualquier medida que limite un derecho fundamental ha de ser un juicio de proporcionalidad que determine si ésta persigue un fin legítimo, si resulta adecuada y proporcionada a ese fin, y si es necesaria y legal. v Esta afirmación es hecha en base al análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional español, ver: GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 110.

impuestas, es decir, verificará que el Derecho interno haya cumplido con integrar los parámetros para la imposición de limitaciones o restricciones permitidas contenidas en un tratado internacional que haya ratificado el Estado.

Así pues, en primer lugar, evalúa si una conducta se enmarca dentro de los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos. Si esto no se produce, detiene el examen, pues no se trataría de una cuestión que le corresponda examinar. En segundo lugar, determina si existe una intervención o afectación del derecho fundamental, provocada por la imposición de una medida restrictiva en el atributo objeto de la protección. En tercer lugar, trata de determinar si se han respetado las exigencias convencionales concretas que con carácter general o específico se han establecido para que la restricción de un DF sea considerada legítima. Finalmente, si se concluye que el Estado no ha respetado alguno de los presupuestos estipulados en la norma internacional, se declarará que la medida de limitación o restricción no es legítima; y, en consecuencia, declarará la responsabilidad internacional del Estado por la violación de un derecho protegido.

En este contexto, es necesario resaltar que la labor de interpretación efectuada por el juez es muy importante para determinar la legitimidad de una restricción impuesta a un derecho fundamental. En dicha tarea, el juez, al igual que el legislador, debe tener presente los parámetros provenientes de los instrumentos internacionales que el Estado haya ratificado, así como, los estándares jurisprudenciales establecidos sobre la materia por los tribunales supranacionales.

Se debe tener presente que los DF son dinámicos y se encuentran en continuo desarrollo: por lo que, necesitan del Estado y del Derecho para asegurar su

existencia. La mejor manera de continuar enriqueciendo su desarrollo es a través de la interpretación “viva” que se realice de ellos, a fin de responder a situaciones reales concretas, lo que en última instancia implica lograr su realización y vigencia efectivas.

En definitiva, el Estado puede imponer restricciones a los DF de forma excepcional para evitar conflictos entre derechos o entre éstos y otros intereses para lograr su ejercicio armónico. Esta facultad debe ejercerla, respetando los parámetros impuestos normativamente y especialmente poniendo cuidado de respetar el contenido esencial de los DF.

6. El límite o restricciones permitidas de los límites de los derechos fundamentales: la garantía del contenido esencial

Referirse a las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales lleva inevitablemente a pensar en la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, vale decir a pensar en la esencia de tales derechos, y cómo se podría ver afectada ante la imposición de las mismas.

Teniendo en cuenta que, esta investigación parte de la posición de que los derechos fundamentales son universales, corresponde plantearse si existe un contenido esencial como común denominador universal de los derechos fundamentales que sirva de barrera al Estado al momento de imponer restricciones o limitaciones.

En este contexto, se hace una breve revisión de la doctrinaria española sobre el contenido esencial (a), para luego analizar cómo se determina el alcance de dicho contenido, a través de las Teorías relativa y absoluta (b), y de la Teoría

mixta como posible solución ecléctica(c); finalmente se expone la postura asumida en esta investigación, expresando que el contenido esencial equivale a una “huella digital” que sirve para identificar a un derecho fundamental (d) como único e irrepetible, y constituye la máxima barrera de protección que no puede ser traspasada por una restricción sin violar al DF en cuestión.

a. Posiciones doctrinarias: una breve reseña de la doctrina española

El origen del respeto hacia el contenido esencial aparece regulado por primera vez a nivel constitucional en el artículo 19.2 de la Constitución alemana de 1949²⁴³. No obstante, en la doctrina alemana anterior a la adopción de dicha Constitución se encuentran algunas referencias²⁴⁴, tales como la efectuada por Jellinek: “¿Para qué sirve (...) que la primera frase de un precepto relativo a un derecho fundamental proclame solemnemente un derecho, si una segunda frase admite restricciones por medio de ley?”. Así, refiriéndose a la imposición de límites y a la reserva de ley que debe derivar de la Constitución, este autor expresó que “si la Constitución admite restricciones de un derecho fundamental

²⁴³ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, p. LXVII.

“La necesidad de la reconstitución de la vida social y política, tras la experiencia europea, saldada con la última guerra mundial, sobre bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatistas, necesidad que condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa” Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 169. “(...) la garantía del contenido esencial es una reacción frente a la vulneración de los derechos humanos durante el régimen nacionalsocialista, algo que podría predicarse de numerosas innovaciones que se encuentran en la Ley Fundamental (...) o tiene esto algo que ver con las típicas discusiones alemanas que tratan de determinar la esencia y lo esencial.” Cfr. MICHAEL, Lothar; “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, en *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 11, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009, pp. 165 – 188.

²⁴⁴ Las referencias hechas sobre Jellinek y Stern han sido extraídas de: BRAGUE CAMAZANO, Joaquín; *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 233.

por medio de la ley, la ley debe dejar inalterado el derecho fundamental en su núcleo”.

En el mismo sentido, Stern señala que esta garantía surge ante el peligro de vaciamiento de los derechos fundamentales a causa de las diversas reservas legales establecidas por la Constitución de Weimar, siendo “la abusiva limitación y suspensión” de los mismos en la época nacionalsocialista la casusa que determinó el aseguramiento de estos derechos.

Como se puede apreciar la justificación de la existencia o reconocimiento del contenido esencial de un derecho fundamental aparece establecido de forma constitucional para imponer un límite al poder regulador del legislador, a fin de que dicho poder no resulte arbitrario en la imposición de restricciones a dichos derechos. Posteriormente a la Constitución alemana de 1949, la regulación de dicha garantía se extendió a diversas Constituciones en el mundo²⁴⁵.

Respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales en España, Lorenzo²⁴⁶ hace una breve, pero interesante, revisión doctrinaria de lo manifestado sobre este tema por conocidos constitucionalistas españoles, que resumiré a continuación.

Así, García²⁴⁷ expresa que “la determinación del contenido esencial significa la determinación de un contenido material sustraído al poder para, al establecer

²⁴⁵ España en 1978, a continuación de Portugal en 1976, agregar constituciones latinoamericanas.

²⁴⁶ Cfr LÓPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena; “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento jurisprudencial constitucional”, en *Anales de la Facultad de Derecho nº 13*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1996, pp. 41 - 76, ver en específico pp. 65 – 66. En adelante haré referencia solamente a las publicaciones de las cuales esta autora extrae las citas que aquí se reproducen e indicaré las páginas de su artículo en las que se puede revisar las citas mencionadas.

²⁴⁷ En esta cita Lorenzo hace eco de las ideas manifestadas por Miguel Ángel García Herrera en su artículo “Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución

este núcleo intangible, eliminar todas las posibilidades que, amparadas en la legislación, pudieran atentar ya no sólo contra derechos fundamentales singulares, sino contra el conjunto de los mismos a través de la violación de uno de ellos”. Para este autor, “el contenido esencial se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad humana. No cabe, en consecuencia, una precisión singular caso por caso sin tener en cuenta el conjunto constitucional y los valores que le animan a fin de que sobreviva el mínimo común denominador que caracteriza las relaciones individuo-sociedad-poder”.

Para García, entonces, el fundamento de la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra en la dignidad humana, la que se podría afirmar constituye como parámetro dentro del cual debe actuar la legislación. Resulta interesante que este autor se refiera a la violación de los derechos fundamentales debido a leyes que atenten contra el contenido esencial. Asimismo, es interesante su visión colectiva e individual de los derechos fundamentales, pues considera que la violación individual de uno de ellos atenta contra todos los derechos de forma colectiva. Si bien es cierto, concuerdo con su propuesta de que el contenido esencial debe extraerse del conjunto de valores que inspiran un sistema jurídico, basados en la dignidad humana; no obstante, discrepo que se tenga en cuenta como contenido esencial solamente un mínimo común a cada derecho, siendo este mínimo común la dignidad humana.

Es cierto que, el reconocimiento de los derechos fundamentales se funda en el reconocimiento de la dignidad humana como valor superior que debe inspirar la

española”, publicado en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en 1979, ver artículo de Lorenzo, p. 65.

regulación jurídica de los mismos, y ésta forma parte del contenido esencial que justifica la protección de cada derecho. Pese a ello, es necesario tener presente que cada derecho fundamental tiene características específicas que lo convierten en el derecho que es, en único y diferente de otros derechos; por lo que es necesario determinar el contenido esencial para cada derecho, más allá de que la protección de cada uno tenga como fundamento la protección de la dignidad humana.

Del mismo modo, De Otto²⁴⁸ considera al contenido esencial como un “límite de los límites” debido a que es una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. Agrega, que es el límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, ya que señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Respecto a la labor de regular los derechos que tiene el legislador, opina que “regular el ejercicio de un derecho supone (...) que éste se encuentra ya delimitado constitucionalmente y que, en consecuencia, el legislador se halla ante un poder jurídico definido que no puede alterar su contenido”. Así, manifiesta que “la dificultad planteada por la vaguedad o indeterminación de las normas constitucionales no puede resolverse por remisión al legislador que regule el ejercicio del derecho o libertad, actividad normativa manifiestamente distinta de la de determinar el contenido de aquello que ha de ejercitarse”. Agrega que, la “determinación del contenido del concepto es una tarea que, a diferencia, de la regulación del ejercicio, puede ser realizada por la doctrina

²⁴⁸ La autora cita a De Otto haciendo referencia al estudio realizado por Ignacio De Otto y Pardo con Martín Retortillo sobre “Derechos Fundamentales y Constitución”, publicado por Civitas en 1988, ver artículo de Lorenzo, p. 68.

jurisprudencial, porque su función en el sistema de producción normativa no es añadir algo a la norma constitucional, sino la de precisarla en su significado”.

En la misma línea de pensamiento, Fernández²⁴⁹ señala que “la garantía del contenido esencial del derecho (...) supone (...) la existencia de una barrera insalvable por el propio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado”.

Los autores antes citados manifiestan la visión de que el contenido esencial está determinado en principio por la Constitución. En este sentido, el legislador no establece dicho contenido, sino que, le corresponde solamente regular su ejercicio; por lo que, el contenido esencial resulta intangible ante cualquier limitación impuesta por el legislador en su labor de regulación del ejercicio de un derecho fundamental. Asimismo, concuerdo en que, ante la indeterminación o vaguedad de las normas constitucionales, la labor interpretadora es sumamente importante, no como creadora de normas, sino como una herramienta eficaz para determinar el alcance del contenido esencial de un derecho fundamental.

Por otro lado, Gavara²⁵⁰ manifiesta que “(...) es una cláusula que tiene su origen conceptual en la voluntad de controlar la constitucionalidad de las leyes. En la actualidad, las Constituciones que incluyen dicha garantía pueden llegar a garantizar el contenido de los derechos fundamentales sin recurrir a teorías esencialistas para su determinación. Bastará para ello, utilizar el sentido

²⁴⁹ Aquí hace referencia al artículo de Francisco Fernández Segado titulado “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional”, publicado en la Revista Brasileira de Informação Legislativa en 1994, ver artículo de Lorenzo, p. 69.

²⁵⁰ La autora expone las ideas de Gavara sostenidas en la tesis del autor dirigida por Francesc De Carreras, ver artículo de Lorenzo, pp. 70 – 71.

cualificadorio de un derecho fundamental, impedir las extralimitaciones en que pueda incurrir el legislador en el uso de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y, en definitiva, llevar a las últimas consecuencias la vinculación positiva y negativa del Poder Legislativo a la Constitución”.

En palabras de este autor la garantía del contenido esencial no es necesaria para impedir las restricciones excesivas a un derecho fundamental, pues ello se puede regular de otra manera, simplemente estableciendo en la norma los parámetros dentro de los cuáles pueden imponerse limitaciones. No concuerdo con esta postura, pues en dicho contexto, una ley que imponga limitaciones puede cumplir con todos los requisitos establecidos para imponerlas y al mismo tiempo vulnerar un derecho fundamental. En cambio, considero que, si además de todos los requisitos que deben cumplir las restricciones a los derechos fundamentales, se regula como límite el respeto al contenido esencial, la protección ante la vulneración de un derecho fundamental resulta mayor y más eficaz.

En una opinión diferente a la de Gavara, Parejo señala, una vez más, que el contenido esencial constituye un límite a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Lo considera como un límite genérico a la reserva de ley, debido a que no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho sin el cual, el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere. Por ello, afirma que, la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación, así como la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales

como piezas constructivas, imprescindibles e insustituibles del ordenamiento jurídico²⁵¹.

En el mismo sentido, Lucas afirma que, frente al carácter genérico, indeterminado de las cláusulas constitucionales, el contenido esencial de un derecho fundamental, implica un esfuerzo conceptual de precisión y justeza que apunta a elementos materiales o sustanciales. Así, aunque se argumente que el contenido esencial es indeterminado, “éste surge como reacción a la abstracción y formalización positivista de las cláusulas generales”. Agrega que, el propósito es asegurar los derechos básicos contra su vaciamiento por la legislación. Lo que “supone una garantía material-institucional que reintegra a los derechos fundamentales su plena dignidad. Implica, además, conciencia y sentimiento constitucionales de su importancia y necesidad, de modo que en adelante no se moverán los derechos fundamentales en el ámbito de las leyes, sino éstas últimas en el marco de los derechos y libertades básicos”. En este contexto, este autor precisa que, el contenido esencial de un derecho se encuentra implícito en el articulado constitucional y se deduce de los valores superiores del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son reconocidos en virtud de la previa dignidad humana²⁵².

Para este autor, el reconocimiento de que existe un contenido esencial de los DF se encuentra justificado en la dignidad humana como límite a la actividad reguladora del legislador. Al afirmar que, el reconocimiento de los DF en el texto constitucional implica “conciencia y sentimientos constitucionales de su

²⁵¹ PAREJO ALFONSO, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 3, 1981, pp. 169 - 190.

²⁵² LUCAS VERDÚ, Pablo; *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*, Reus, Madrid, 1985, pp. 170-238.

importancia y necesidad”, precisa que los DF inspiran y sirven de fundamento para regular su protección, y al mismo tiempo sirven de barrera a todas las leyes, a todo el sistema jurídico sino cumplen la función de protegerlos. Así, el contenido esencial debe ser extraído del análisis de la totalidad del texto constitucional; vale decir que, debe tener como fundamento los valores que irradia la Constitución, los cuáles deben plasmarse cada derecho en su calidad de derechos fundamentales.

En una postura similar, se puede citar a Prieto, quien ha manifestado que determinar el contenido esencial “no es una tarea sencilla, pues se trata de un contenido indeterminado, y además que cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad”; por lo que afirma que, “no existe un contenido esencial de la categoría derechos fundamentales, o al menos, no resulta jurídicamente operativo”²⁵³.

Díez-Picazo, en la misma línea de pensamiento que Prieto, manifiesta que el contenido esencial es considerado como un “límite de los límites”, el cual posee dos rasgos definitorios. En primer lugar, no se refiere a los derechos en su conjunto, pues “no sería sino una fórmula distinta para expresar nociones ya conocidas, tales como régimen respetuoso de los derechos humanos, Estado de derecho, sino que se predica de cada derecho fundamental individualmente considerado. Por otro lado, designa el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho. La cuestión clave es cómo identificar ese contenido esencial en cada caso”²⁵⁴.

²⁵³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 142.

²⁵⁴ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 119.

En el mismo sentido, Martínez y De Domingo consideran que, “la garantía del contenido esencial fortalece la posición de los DF frente a cualquier actuación de los poderes públicos, especialmente frente al legislador que pretenda lesionarlos o restringirlos. En razón de lo cual, los autores, afirman que constituye un pilar básico del neoconstitucionalismo, cuya característica más notable es el reconocimiento de que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales representan el núcleo del bien común en una comunidad política, al cual debe orientarse de manera efectiva, y no meramente programática, toda la acción de los poderes públicos²⁵⁵.”

Estos autores vuelven a coincidir en que la existencia de un contenido esencial representa un límite a la actividad legislativa del Estado. Conuerdo con Martínez y De Domingo en que, no solamente representa una barrera para el legislador sino para todos los poderes públicos; vale decir, para el Estado en su conjunto. Del mismo modo, opino igual que Prieto y Díez-Picazo en que no se puede hablar de un contenido esencial para los derechos fundamentales como categoría general, sino para cada derecho de manera individual, porque se puede afirmar que la protección de los derechos fundamentales –hablando de forma genérica– representan una garantía en la que se basa el Estado de Derecho y la democracia. Ello constituye una verdad incuestionable en nuestros días. Así, la protección del contenido esencial reforzaría mucho más la obligación que tiene el Estado de proteger los DF. Lo que va dirigido especialmente a proteger el contenido de cada derecho; vale decir lo que significa ser un determinado derecho en un sentido único.

²⁵⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, p.31

En resumen, los autores citados coinciden en que la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales tiene como fundamento constituir un límite ante el legislador, lo cual, ya sea aceptado o criticado (como lo manifestado por Gavara), representa una concepción generalizada. Asimismo, coinciden en que la justificación de su existencia tiene base en la dignidad humana. Lo cual tiene sentido, pues el reconocimiento de la protección de los DF se basa en la dignidad humana; así, cada derecho existe para proteger esa dignidad a través de características específicas que le otorgan a cada uno su esencia.

Ahora bien, se puede, entonces, afirmar que el contenido esencial es la búsqueda del reconocimiento jurídico de un contenido básico intangible de un derecho fundamental que constituye una barrera para el accionar de los Estados.

Hablar del contenido esencial, supone referirse a la esencia de los derechos fundamentales²⁵⁶, significa que dicho contenido tiene un valor intrínseco para cada derecho, que contiene elementos esenciales para la existencia misma de ese derecho como derecho fundamental²⁵⁷. Se trata de una “clave” absoluta, inalienable y universal que constituye un “núcleo irrenunciable” que es la *raison d’être* recogida en una norma legal básica esencial para su definición²⁵⁸. Este

²⁵⁶ YOUNG, Katharine; “The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content” en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, pp. 113 - 175.

²⁵⁷ COOMANS, Fons; “In Search of the Core Content of the Right to Education”, in: A. CHAPMAN & S. RUSSELL (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 217-246, at 166-67.

²⁵⁸ ÖRÜCÜ, Esin; “The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits”, en CAMPBELL, Tom; *Human rights: from rhetoric to reality*, Oxford: Basic Blackwell, Oxford, 1986, pp. 37 – 59.

núcleo esencial es su característica más básica que no necesita más explicación justificar su existencia²⁵⁹.

Una de las primeras conclusiones a las que se llega, en esta primera parte, es que la aceptación de que existe un contenido esencial de los derechos fundamentales constituye un límite de los límites a la actividad legislativa del Estado; pues el Estado al momento de imponer limitaciones a los DF debe cumplir ciertos requisitos que ya han sido enunciados anteriormente, y además tienen un límite superior e intangible que se traduce en que ninguna restricción, puede afectar el contenido esencial de un DF; no obstante no se ha resuelto el planteamiento de como determinar dicho contenido; por ello, a continuación se expondrán algunas teorías que proponen una forma de establecer lo que significa el contenido esencial de un derecho fundamental.

b. Determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: entre la *Teoría relativa* y la *Teoría absoluta*

El debate sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales proviene de la doctrina alemana a raíz de la Constitución de 1949. Al respecto, existen dos posiciones doctrinales: la *Teoría relativa* y la *Teoría absoluta*. A través de estas teorías se ha tratado de explicar o determinar el alcance del contenido esencial de un derecho fundamental.

Por un lado, ante la existencia de un conflicto surgido entre un derecho y otros derechos y bienes que gozan de protección, la *Teoría relativa*²⁶⁰ postula la

²⁵⁹ WALDRON, Jeremy; "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies* nº 13, 1993, pp. 18 – 51, ver en específico pp. 18, 21.

²⁶⁰ Se hace una breve exposición de esta Teoría teniendo como referencia a lo planteado por Naranjo, Martínez y De Domingo, Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p.140 – 142. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis;

protección óptima del DF, que no se basa solamente en la protección del denominado núcleo duro, sino que comprende el derecho en toda su extensión.

En este sentido, dicha *Teoría* se apoya en el principio de proporcionalidad, pues considera que a través de la ponderación de un derecho con otros se determina el contenido esencial de un DF. Al realizar el proceso de determinación del contenido esencial por medio de la ponderación, se defiende la comprensión del sentido y finalidad de una norma que enuncia un DF en el marco de la comprensión de la totalidad de la Constitución.

Desde el punto de vista de esta *Teoría*, el contenido esencial está constituido por lo que queda después de la ponderación de los derechos con otros bienes jurídicos constitucionales. De este modo, se protege el derecho en toda su extensión, es decir, el contenido total del derecho, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad (bien común).

En este contexto, respecto a las limitaciones o restricciones a los DF, la *Teoría relativa* señala que el contenido esencial se limitaría a exigir que cualquier restricción efectuada sobre un DF esté suficientemente justificada, para lo cual aplica el test de proporcionalidad. Vale decir que, la garantía del contenido esencial no supondría una protección adicional al respeto del principio de proporcionalidad.

La crítica principal que recibe esta *Teoría* se centra en la concepción variable de lo que se entiende por contenido esencial, debido a que su interpretación resulta relativa sobre dicho contenido; lo que ofrece dudas sobre la seguridad jurídica del ámbito de protección de un derecho fundamental. Ello, debido a que

DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 33, 50 – 51.

incluye otros principios como el de proporcionalidad, para la determinación del alcance del contenido esencial de un DF. En este sentido, si las medidas que imponen limitaciones son proporcionadas al fin perseguido, no se vulneraría el contenido esencial; mientras que la afectación de dicho contenido sí sería posible si se vulnera el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, aplicando esta *Teoría*, se tendría que, en cada caso concreto, se realizaría primero la ponderación de los derechos en conflicto a fin de determinar si una restricción es proporcionada, con lo cual, el resultado podría ser que el contenido esencial de un mismo derecho se volviera indeterminable; vale decir que, en cada caso el contenido esencial podría resultar diferente cada vez, teniendo en cuenta que al realizar una ponderación el resultado no es siempre el mismo; por el contrario puede variar, según las circunstancias concretas de cada caso.

Esto ha llevado a Prieto²⁶¹ a afirmar que, el contenido esencial de los derechos, constituye en la teoría relativa, no sólo un "concepto indeterminado, sino más bien un concepto impredecible", que podría llevar a vaciar de sentido el contenido esencial de los derechos fundamentales, porque dicho contenido quedaría reducido a la parte del derecho que aún subsiste una vez aplicada la limitación justificada o legítima. Ello podría implicar que se sacrifique por completo un derecho en caso de conflicto con un bien constitucional, si así se logra preservar su protección.

Del mismo modo, Martínez y De Domingo señalan que desde la perspectiva de la *Teoría relativa* no estaría clara la función que cumple la garantía del

²⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis; "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Revista Derechos y Libertades* nº 8, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp. 429 – 468, en específico ver pp. 438 - 439.

contenido esencial; pues parecería lógico que, incluso en ausencia de dicha cláusula, cualquier restricción de un DF requiera una especial justificación. Así, es posible admitir que, en determinadas circunstancias, existan bienes de tal importancia que su protección justifique la completa restricción de los DF²⁶².

Así pues, se estaría olvidando que la Constitución al enunciar los derechos determina intereses básicos que son objeto de protección, que no sólo es un listado o catálogo vacío de derechos. Además, se dejaría de lado la labor de configuración de los derechos que tiene el legislador, pues el contenido esencial del derecho se determinaría solamente a través de la ponderación.

Por otro lado, la *Teoría absoluta*²⁶³ defiende que los DF se caracterizan por estar formados de una esfera permanente que nunca es restringible, a la que se denomina contenido esencial. Para esta *Teoría* cada derecho fundamental tiene un “núcleo duro”, denominado contenido esencial; y una parte accesorio o no esencial. Sobre la parte denominada contenido esencial, es imposible imponer restricciones. Respecto a la segunda parte de contenido accesorio o no esencial sí sería posible establecerlas, a condición de que se respete el principio de proporcionalidad.

La crítica principal que se hace a la *teoría absoluta*, según Martínez, se centra en la división en dos partes del derecho fundamental. La misma que resulta artificial y técnicamente insostenible, teniendo en cuenta que la Constitución

²⁶² MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 33.

²⁶³ Se hace una breve exposición de esta Teoría teniendo como referencia a lo planteado por Naranjo, Martínez y De Domingo, Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p.142 – 146. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, pp. 34 - 38.

reconoce los derechos fundamentales en su integridad. Por lo que, para este autor, el parámetro de constitucionalidad de las disposiciones legislativas lo constituiría tan sólo una parte de la norma constitucional en la que se reconoce el derecho, y no la totalidad de ésta²⁶⁴.

En el mismo sentido, en la investigación conjunta realizada por Martínez y De Domingo, se vuelve a reiterar que la división de los derechos fundamentales que propone la *Teoría absoluta* resulta claramente inadecuada, debido principalmente a una incorrecta comprensión del concepto y la estructura de estos derechos. Pues, para los autores el contenido esencial de los derechos fundamentales equivale al “contenido sin más”²⁶⁵.

Al respecto, Parejo opina que, “contenido esencial” no puede ser equivalente a mero “contenido” de los derechos subjetivos públicos, debido a que la diferencia radica precisamente en la “esencialidad”. A la que define como “aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), que puede considerarse constitutiva del contenido esencial”. Lo que puede traducirse, en palabras del autor, “como las características determinantes del contenido del derecho cuya desaparición

²⁶⁴ Cfr. MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, p. 31. En el mismo sentido Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos; *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 271 - 272. Asimismo, Prieto señala que “la distinción entre lo esencial y lo accidental no deja de ser un tanto artificial y arbitraria”. PRIETO SANCHÍS, Luis; “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* Nº 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 61 – 102, en específico ver pp. 72.

²⁶⁵ Los autores toman esta denominación de lo expresado por De Otto en “La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución” en la obra titulada *Derechos fundamentales y Constitución*. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 53.

determinaría per se una transmutación de éste, que dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto”²⁶⁶.

Concuerdo con la postura de Martínez y De Domingo, en el sentido de que un DF no tiene dos partes divididas en una intangible y otra tangible o de libre disposición. Pese a ello, discrepo cuando expresan que el contenido esencial es el contenido total de un DF. En este sentido, tengo la misma opinión que Parejo, pues considero que el contenido de cada derecho es uno solo, indivisible; no obstante, estoy convencida de que cada derecho tiene una “esencia” que hace intangible solamente una parte del derecho, ya que todo el contenido del derecho no puede resultar intangible. En dicho caso, el legislador no tendría la más mínima facultad de configurar los DF, y ante una intangibilidad tan absoluta –por llamarla de alguna manera– tampoco cabría la posibilidad de imponer restricciones, que si bien es cierto constituyen la excepción y no la regla, la posibilidad de imponerlas debe estar presente y regulada constitucionalmente.

Si se asume la posición de que el contenido esencial es el “contenido sin más”, en el sentido de contenido total del derecho fundamental que puede ser configurado por la actividad legisladora del Estado sin que exista una parte intangible; ello significaría volver de alguna manera a la postura de la *Teoría relativa*, pues cada vez que sea necesaria una restricción, ésta deberá analizarse a la luz de los requisitos impuestos constitucionalmente. Sin que exista un parámetro que permita medir que la restricción no desnaturalice, o vacíe por completo, un derecho fundamental para proteger otro.

²⁶⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 187.

En este contexto, para que la garantía del contenido esencial se convierta verdaderamente en un “límite del límite”, sin asumir una división del contenido del derecho fundamental, en un núcleo intangible y una periferia disponible, y evitar que ésta pueda ser catalogada como innecesaria, es preciso entenderla como una protección adicional a la que viene implícita al reconocimiento constitucional de los DF.

Según dicha protección, como bien lo afirma Prieto²⁶⁷, los derechos, al ser de naturaleza constitucional, son resistentes frente al legislador; por lo que, es obvio que la ley no puede vulnerarlos, sin necesidad de que lo disponga específicamente la norma constitucional, en virtud del principio de constitucionalidad. Por ello, asumir que la ley puede regular libremente la esfera del derecho considerada como no esencial, implicaría aceptar que toda ley limitadora, de lo que este autor denomina “contenido adjetivo o periférico” debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada. Lo que nos llevaría nuevamente a relativizar el contenido esencial de un derecho fundamental.

Entonces cabe plantearse cuál puede ser la fórmula que puede funcionar para que la garantía del contenido esencial no sea considerada innecesaria. En este sentido, sería preciso tener presente como alternativa una cooperación entre Constitución y ley, de tal manera que la primera “prefigura” el contenido y la segunda lo “configura”. Así, el contenido esencial de los DF “no se identificaría con un centro intangible de los mismos, en cuanto opuesto a una periferia disponible para el legislador, sino que vendría dado por aquellas

²⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis; “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* Nº 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 61 – 102, en específico ver p. 71.

configuraciones de los derechos fundamentales que la ley no puede constitucionalmente adoptar”²⁶⁸.

Es decir que, el contenido esencial de un derecho no tendría que ser delimitado a través del principio de proporcionalidad. Dicho principio, no le quitaría el protagonismo a la garantía del contenido esencial, debido a que desde la Constitución se impondría “un tope al legislador, que serían las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico las que establecerían lo que el legislador no puede hacer en materia de derechos fundamentales”²⁶⁹. Las mismas que deberían estar recogidas en la norma fundamental e irradiarse a todo el sistema jurídico.

No obstante, las críticas expuestas, se dan también argumentos a favor de la aplicación de la *Teoría absoluta*. Entre ellos, se cita lo expresado por Medina. Para quien la división en dos partes de los derechos fundamentales (esencial y accidental) ayuda en la labor de la identificación del derecho, en la determinación de las facultades relacionadas con el bien jurídico protegido por el derecho fundamental; las que pueden restringirse para defender otro derecho o bien constitucional sin desnaturalizarlos²⁷⁰. Es decir que, para este autor, la determinación del alcance del contenido esencial implica identificar las características que constituyen un derecho fundamental como tal, las que se mantienen en la parte esencial; mientras que las restricciones se aplican en la denominada parte no esencial de un derecho fundamental, a fin de no alterar el contenido esencial del mismo.

²⁶⁸ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 120.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 155 - 169.

Para Prieto, a diferencia de Medina, utilizar esta *Teoría* para determinar el alcance del contenido esencial, no implica preservar “una parte” del derecho como esfera intocable, olvidándose de la “otra parte”, porque sólo metafóricamente cabe hablar de “partes” en el contenido de un derecho. Así afirma que “de lo que se trata es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho fundamental puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la Constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica”²⁷¹ .

Así, Prieto asume una posición favorable a la *Teoría absoluta*, en el sentido de que, deshecha los argumentos ponderativos, y reafirma que la cláusula de contenido esencial obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre ella en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental. De esta manera, propone que, al emitir pronunciamiento, no se haga referencia al otro bien constitucional en pugna, que es lo que se hace al ponderar, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, para determinar lo que queda del DF después de la regulación legislativa²⁷² .

Pues bien, considero, en la misma línea de razonamiento de los autores citados, que no se puede asumir una doble división de los derechos: un contenido esencial y otro accidental. Por supuesto que cada derecho fundamental tiene unas características, o naturaleza, que lo hacen único, que lo constituye en lo que es, sin las cuales no existiría como derecho fundamental. Lo que no significa que con la evolución social no se incorporen más

²⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis; “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Derechos y Libertades* N°8, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp. 429 – 468, en específico ver pp. 440-441.

²⁷² Ibid.

conductas, que se amplíe el contenido total de la protección que lo reconoce como derecho fundamental.

En este sentido, se seguirán manteniendo las características mínimas que lo constituyen como determinado derecho fundamental, pero se agregarán más conductas “protegibles”, las cuales podrán ser restringidas, a condición de que no se desnaturalice la esencia de cada derecho fundamental en dicho proceso.

A diferencia de la *Teoría relativa*, la *Teoría absoluta* no tiene como fundamento el uso del principio de proporcionalidad como medio ideal para la determinación del contenido esencial de un DF. Entonces, cabe plantearse cuál es el método idóneo al que se debe recurrir para determinar este contenido esencial.

En este sentido, se considera necesario recurrir a la interpretación, no en el sentido de interpretar lo que resulta de una ponderación previa, sino de realizar esta labor con el fin de determinar lo que caracteriza al derecho fundamental en sí mismo.

Así lo expresa Prieto, cuando afirma que “parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión”. De este modo, afirma el autor, “el Tribunal Constitucional encuentra a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción

susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales”²⁷³.

Del mismo modo, Gavara señala que, la interpretación sería el método a través del cual se determina el contenido esencial. Debido a que el contenido esencial es indisponible para el legislador y no está determinado por el texto constitucional, se determina con certeza y seguridad jurídica a partir de la intervención del Tribunal Constitucional. Motivo por el cual, el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de utilizar criterios de interpretación extra contextuales o al margen de la Constitución para determinarlo. Por lo que, el autor considera que, el peligro se encuentra en que se atribuya un excesivo poder al Tribunal Constitucional para controlar las leyes. De tal manera que, aleje de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, para acercarse más a la creación de dichas normas²⁷⁴.

c. Determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales: la Teoría mixta, una posible solución ecléctica

Ahora bien, se han señalado las “deficiencias” que cada *Teoría* presenta; por lo que es pertinente plantearse si es posible una postura intermedia o mixta entre las dos *Teorías* reseñadas.

²⁷³ PRIETO SANCHÍS, Luis; “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 61 – 102, en específico ver p. 72.

²⁷⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos; *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 270 – 271. Al respecto, Bernal, haciendo una crítica al poder de control de las leyes efectuada por el Tribunal Constitucional Español, al cual denomina como exageradamente cognitivista, señala que “no existe un criterio intersubjetivo claro, para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o la periferia”. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 410.

Al respecto, afirma Bernal que, los más significativos constitucionalistas españoles defienden lo que él denomina como una *Teoría mixta* del contenido esencial. La que puede ser resumida como: “los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la Teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia”. No obstante, Bernal considera que, el matiz de esta Teoría radica en que “las intervenciones del Legislador en la periferia no están desvinculadas jurídicamente; dichas intervenciones son admisibles sólo si respetan el principio de proporcionalidad”. Según esta Teoría, la “zona periférica de todo derecho no estaría a disposición total del legislador; pues las intervenciones deben ser proporcionadas, justificadas por razones relevantes. Así, la zona periférica se distingue de la nuclear porque en ésta no puede intervenir el legislador, sin importar si la intervención esté justificada o no, o de si cumplen con el requisito del principio de proporcionalidad²⁷⁵.”

Como autores que tienen una visión ecléctica o mixta entre la *Teoría relativa* y la *Teoría absoluta*, se puede señalar a Parejo, Medina y Prieto. Por un lado, Prieto, aunque no acepta la división de los derechos fundamentales en una parte esencial y otra accidental; no obstante, reafirma el contenido esencial como una parte intocable del derecho fundamental, porque existe con anterioridad (postura de la *Teoría absoluta*); vale decir que, rechaza el uso del principio de proporcionalidad para la determinación del contenido esencial, pero lo acepta para analizar la legalidad de una restricción (postura de la *Teoría relativa*).

²⁷⁵ BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, p.420.

Por su parte Parejo²⁷⁶, al referirse a los límites que se deben imponer a fin de garantizar otros derechos fundamentales y bienes constitucionales señala que la garantía del contenido esencial sirve para preservar para los derechos fundamentales una posición irreductible en la determinación de un derecho, en la que el núcleo esencial no debe ser afectado (postura de la *Teoría absoluta*). Por el contrario, la periferia si sería susceptible de sufrir restricciones, a condición de que éstas respeten el principio de proporcionalidad (postura de la *Teoría relativa*).

En la misma línea de pensamiento, Medina²⁷⁷ tanto la garantía del contenido esencial como el principio de proporcionalidad representan un “límite de los límites” en la protección de los derechos fundamentales, sólo que funcionan en etapas que son independientes una de la otra. Así, este autor opina que, el principio de proporcionalidad sirve para controlar que la restricción sea proporcionada y que no se sacrifique injustamente un derecho en beneficio de otro (adecuación de la *Teoría relativa*). Al aplicar este principio no se deja sin efecto la garantía del contenido esencial, pues la restricción nunca debe llegar a afectar la parte esencial del derecho fundamental (postura de la *Teoría absoluta*), que constituye el fin por el cual se ha conferido el derecho en primer lugar; lo que equivale a decir la intención del derecho, sin la cual quedaría completamente desvirtuado.

Con todo, Bernal encuentra una crítica a la *Teoría mixta*. Para este autor esta visión ecléctica de dos tesis que propugna esta *Teoría* se excluyen entre sí, “si

²⁷⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 182 -184.

²⁷⁷ MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 116 – 119, 147 - 156.

ambas pretenden tener operatividad en un mismo proceso de interpretación, que “integra dos elementos en un solo concepto teórico, según el cual, el contenido de todo derecho fundamental se divide en dos partes: un contenido esencial, cuyas normas y posiciones valen de modo definitivo, y un contenido periférico, cuyas normas y posiciones tienen una validez *prima facie*, porque su validez definitiva puede ser desplazada por razones de mayor peso, que se deriven de otros derechos y que prevalezcan en la ponderación”. En este sentido, afirma que, “la idea de que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial, en donde no caben restricciones, presupone una observación del derecho en abstracto y en solitario; y la idea de que las restricciones a un derecho fundamental son admisibles si son proporcionales a las exigencias que se derivan de otros derechos o bienes constitucionales, presupone una observación del derecho en concreto e implícito en el sistema de relaciones constitucionales”²⁷⁸.

En su crítica, el autor cuestiona que la *Teoría mixta* no tiene en cuenta que tanto el contenido esencial como el principio de proporcionalidad son irreconciliables desde el punto de vista metodológico. Así afirma que, la idea de que el DF tiene un núcleo irreductible es completamente incompatible con la aplicación del principio de proporcionalidad, pues la única forma de que se integren sería asumir que el contenido esencial no es distinto a lo que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad²⁷⁹.

Ahora bien, no comparto la crítica de Bernal a la denominada *Teoría mixta*; pues considero que la existencia de un contenido esencial predeterminado no

²⁷⁸ BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, 2003, p.42.

²⁷⁹ Ibidem, p. 426.

es incompatible con la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de restricciones a los derechos fundamentales.

Así pues, parto de la tesis de que el contenido esencial existe de forma anterior y es reconocido de esta manera en el texto constitucional. Este contenido constituye la esencia que caracteriza un derecho como tal. Ante esta concepción, el legislador mantiene su labor de configuración del derecho; lo que vale decir que puede incorporar una gama de conductas que sea necesario reconocer para delimitar de forma amplia la esencia del derecho al se busca brindar una mayor protección.

Con esto quiero decir que es un principio del sistema de protección de los derechos fundamentales –tanto a nivel internacional como interno– que los derechos jurídicamente reconocidos son considerados “vivos” y no estáticos; por lo que, pese al tiempo, debe ser posible que sigan brindando protección a la persona ante los avances científicos, tecnológicos, en definitiva, ante la evolución natural del ser humano. Estas nuevas conductas o características que se incorporen no pueden ser denominadas partes accidentales de un derecho fundamental. Al contrario, aumentan, amplían el contenido del derecho protegido, sin desnaturalizar el contenido esencial que hace a cada derecho lo que es.

En este sentido, el derecho fundamental puede ser objeto de restricciones o limitaciones para asegurar la “convivencia pacífica” de todos los derechos individuales en un sentido colectivo a la vez. La aplicación de estas restricciones tiene una limitación que es el contenido esencial. De este modo, la restricción debe ser regulada para aplicarse en todas aquellas

manifestaciones de la “esencia” del derecho sin llegar a afectar el núcleo que lo caracteriza como lo que es.

Además de este límite, las restricciones deben cumplir requisitos que las legitimen, y es aquí donde cumple su rol el principio de proporcionalidad. Este principio se aplica para medir que las restricciones a un derecho en defensa de otro estén debidamente justificadas.

En este contexto, a diferencia de lo que propugna Bernal, opino que, tanto la garantía del contenido esencial como la aplicación del principio de proporcionalidad pueden “coexistir” en un mismo proceso de interpretación sin excluirse mutuamente. Considero que este autor llega siempre a determinar la contradicción entre contenido esencial y principio de proporcionalidad, porque su análisis no acepta que el contenido esencial esté predeterminado, de cualquier manera, antes de que se realice la interpretación. Para este autor, su análisis, desde cualquier enfoque de crítica a la *Teoría mixta*, concluye en que el contenido esencial debe determinarse de alguna forma, y ésta siempre resulta ser la tarea del principio de proporcionalidad; por lo que el resultado es la exclusión mutua entre contenido esencial y principio de proporcionalidad.

Efectuada esta salvedad, considero que la *Teoría mixta* ofrece la mejor postura para la determinación del ámbito del contenido esencial de un derecho fundamental. En este sentido, coincido en que no se asume la división del derecho en contenido esencial y no esencial. Se acepta que existe una parte “esencial” del derecho que es intocable, que constituye una barrera para el legislador y para el juez, vale decir, para el poder público en general, que no puede ser sometida a ningún tipo de restricción, porque significaría la desnaturalización del derecho fundamental.

Pese a ello, se asume que las restricciones son posibles sobre determinadas conductas que conforman la totalidad del contenido de un derecho fundamental que no es accidental o no esencial, sino que, al ser restringidas, no lo desnaturalizan y a la vez ayudan a mantener la protección de otros derechos. En esta evaluación, el principio de proporcionalidad constituye uno de los métodos a utilizar para determinar la justificación de una restricción. Aunque existen opiniones doctrinarias a favor de utilizar otros métodos, tales como la concordancia práctica o los acomodamientos razonables, discusión en la que no entraré en detalle, pues no constituye el propósito de esta investigación.

En esta tarea, la labor interpretativa tiene una posición de central importancia para evaluar no solamente la legalidad de la norma que impone la restricción, sino, especialmente, la justificación de la misma. En este sentido, el intérprete debe recurrir a criterios teleológicos que contengan los valores que justifican el Sistema de protección de los derechos fundamentales²⁸⁰.

Con todo, en esta parte se han ido estableciendo elementos que pueden ayudar a determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, y se ha escogido una postura a través de la cual se podría explicar la existencia del contenido esencial como límite de los límites a las restricciones de los derechos

²⁸⁰ Al respecto Martínez y De Domingo opinan que "(...) el Derecho, como saber práctico, se mueve en el terreno de lo razonable, de lo plausible, no de lo unívoco o exacto. Por esta razón, no debe rechazarse sin más que pueda ser sólida y razonable una interpretación que, por ejemplo, apelando a los intereses jurídicamente protegidos, se atreva a precisar el "núcleo duro" de un determinado derecho fundamental" Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 38. Prieto afirma que "(...) la existencia de valores o principios o de cláusulas como la del contenido esencial (...) suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho. Por graves que sean las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de valores como la libertad o la igualdad o del contenido esencial de un cierto derecho, su mero reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre." Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 146.

fundamentales. En este sentido, en el apartado siguiente se ensayará demostrar que la postura asumida es válida y que puede ser utilizada para determinar el contenido esencial.

d. El contenido esencial equivale a una “huella digital” que sirve para identificar a un derecho fundamental

Así pues, parto de la tesis de que el contenido esencial existe de forma anterior y es reconocido de esta manera en el texto constitucional. Este contenido constituye la esencia que caracteriza un derecho como tal. Ante esta concepción, el legislador mantiene su labor de delimitación del derecho; lo que implica que puede incorporar una gama de conductas que sean necesarias a reconocer para delimitar de forma amplia el derecho al que se busca brindar una mayor protección.

Con esto quiero decir que es un principio del sistema de protección de los derechos fundamentales –tanto a nivel internacional como interno– que los derechos jurídicamente reconocidos son considerados “vivos” y no estáticos; por lo que, pese al tiempo, debe ser posible que sigan brindando protección a la persona ante los avances científicos, tecnológicos, en definitiva, ante la evolución natural del ser humano y su entorno.

Las nuevas conductas o características que se incorporen no pueden ser denominadas partes accidentales de un derecho fundamental. Al contrario, aumentan, amplían la delimitación del derecho protegido, sin desnaturalizar el contenido esencial que hace a cada derecho lo que es.

Para mostrar de mejor manera lo que significa el contenido esencial de un derecho, considero pertinente utilizar la siguiente analogía: comparar el

contenido esencial que define un derecho fundamental con las huellas dactilares o digitales que permiten identificar a una persona.

Las personas tenemos características que nos hacen únicas e identificables. Durante siglos, el hombre ha buscado un método suficientemente fiable de identificación de las personas en base a sus rasgos. Para verificar esta identidad, la primera técnica utilizada fue el análisis de las huellas dactilares o digitales. Aunque actualmente la ciencia ha descubierto otras formas de identificar e individualizar a una persona, tales como los patrones de voz, el código genético (aunque este es el mismo en el caso de los gemelos idénticos), los patrones retinales, el análisis del iris humano, entre otras. De todas estas técnicas, escojo las huellas digitales, pues constituye una de las técnicas más comunes y al alcance de todos, a diferencia de las otras, que utiliza la ciencia forense para identificar a una persona²⁸¹.

Así, el reconocimiento de huellas dactilares es una de las técnicas biométricas más maduras y confiables, ya que la huella dactilar es una característica estable en el tiempo y cumple con las condiciones de: universalidad (presente en todos los seres humanos), unicidad (única para cada persona), permanencia (no varía en la persona en el tiempo) y cuantificación (tiene la posibilidad de ser cuantificada)²⁸².

El contenido esencial de un derecho fundamental puede equipararse a una huella digital, pues es universal, es único, porque así como las huellas digitales

²⁸¹ PERALTA CASTELLANOS, Juan Carlos; “Nueve años de biometría en el Perú: La fe de identificación en la encrucijada”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IX, Nº 36, IUS, México, **julio** – diciembre de 2015, pp. 275 – 301.

²⁸² MADRIGAL GONZÁLEZ, Carlos Andrés. RAMÍREZ MADRIGAL, Jaime León. HOYOS ARBELÁEZ, Juan Carlos. STEPHEN FERNÁNDEZ, David; “Diseño de un sistema biométrico de identificación usando sensores capacitivos para huellas dactilares” en *Revista Facultad de Ingeniería* Nº 39, Colombia: Universidad de Antioquia, Marzo 2007, pp. 21-32.

no se repiten de una persona a otra, el contenido esencial de un derecho no se replica en otro. Cada derecho tiene una “esencia” que lo hace ser lo que es, que lo distingue e identifica como tal, diferenciándolo de los demás.

Ahora bien, la mejor manera de mostrar con claridad lo afirmado es a través de un ejemplo. Para ello, se retoma el utilizado en la parte correspondiente a la delimitación de los derechos fundamentales respecto a la configuración del derecho a la libertad de expresión.

El estándar actual de la delimitación de este derecho manifiesta el consenso al que se ha llegado en diferentes instrumentos internacionales vigentes, tales como: el artículo 19 de la DUDH consagra: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

El artículo 19, inciso 2 del PIDCP establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” El artículo 10, inciso 1 del CEDH señala: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.” Y el artículo 13, inciso 1 de la CADH estipula: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este

derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Los artículos citados muestran el marco general dentro del cual ha sido delimitado o configurado el derecho a la libertad de expresión. Dentro de este marco, el contenido esencial de este derecho está conformado por el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social que requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno²⁸³.

Así, la esencia de este derecho, constituye un fundamento esencial de una sociedad democrática, no solamente válido cuando las informaciones o ideas son favorables o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también cuando éstas contrastan, chocan o inquietan a un Estado o a un sector de su población²⁸⁴

²⁸³ Este estándar ha sido establecido en el Sistema interamericano de derechos humanos desde la Opinión Consultiva Nº 5. Cfr. CorteDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30. CIDH; Caso Kimel contra Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 53.

²⁸⁴ Este estándar en el Sistema europeo ha sido determinado desde el caso Handyside. Cfr. TEDH; Caso Handyside contra Reino Unido, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49. TEDH; Caso Jerusalem contra Austria, Sentencia de 27 de febrero de 2001, párrafo 32.

Esta configuración del contenido esencial del referido derecho proviene de lo regulado en los instrumentos internacionales citados y de la jurisprudencia de tribunales y órganos supranacionales que han precisado dicho contenido a través de la interpretación.

Queda claro que el estándar que refleja la “esencia”, la “huella digital”, que identifica y distingue al derecho a la libertad de expresión como lo que es, consiste en las conductas individuales y colectivas de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás, lo que se considera el fundamento de las sociedades democráticas.

La regulación interna de este derecho debe mantener este contenido esencial de forma inalterable. Lo que no implica que no se puedan incorporar nuevas conductas para mantenerlo actualizado a la evolución natural de la humanidad. En este sentido, actualmente se consideran como parte de la delimitación del derecho a la libertad de expresión conductas, tales como: el pensamiento político, los comentarios sobre los asuntos propios y los públicos las campañas puerta a puerta, la discusión sobre derechos humanos, el periodismo, la expresión cultural y artística, la enseñanza y el pensamiento religioso. Puede incluir también la publicidad comercial²⁸⁵.

Del mismo modo, las formas de expresar la esencia de este derecho, su “huella digital”, que consiste en buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas

²⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, (2011), Observación general N° 34 sobre la libertad de opinión y de expresión, aprobada en el 102 período de sesiones, Ginebra, párrafos 11.

difundidas por los demás, se han incrementado con la evolución de las sociedades y de la tecnología.

Por ello, actualmente las formas de manifestar la libertad de expresión son variadas, e incluyen, entre otras: la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, y expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos. Los medios de expresión comprenden los libros, los periódicos, los folletos, los carteles, las pancartas, las prendas de vestir y los alegatos judiciales, así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de Internet, en todas sus formas²⁸⁶.

Como se ha demostrado, el derecho a la libertad de expresión continúa siendo objeto de delimitación a través de la incorporación de nuevas conductas que necesitan ser protegidas, así como de restricciones o limitaciones²⁸⁷ para asegurar la “convivencia pacífica” de todos los derechos individuales en un sentido colectivo a la vez. No obstante, estas nuevas conductas que amplían su delimitación, preservan y ayudan a proteger el contenido esencial que lo identifica, es decir, mantienen intacta su “huella digital”.

Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que la delimitación de un derecho fundamental queda siempre abierta a la incorporación de nuevos contenidos, así como la aplicación de restricciones, lo cual tiene una limitación que es el contenido esencial de dicho derecho. De este modo, tanto las nuevas conductas a proteger como las restricciones que sea necesario regular, no deben desnaturalizar o vulnerar el derecho. Vale decir que, toda regulación

²⁸⁶ Comité de Derechos Humanos, (2011), Observación general N° 34 sobre la libertad de opinión y de expresión, aprobada en el 102 período de sesiones, Ginebra, párrafo 12.

²⁸⁷ Las cuáles no se detallan en este trabajo, pues hablar de límites o restricciones en específico para un determinado derecho no es el objeto de este ensayo.

debe aplicarse en todas aquellas manifestaciones del derecho sin llegar a afectar la “esencia” que lo caracteriza como lo que es.

En esta tarea, la labor interpretativa tiene una posición de central importancia para evaluar no solamente la legalidad de la norma que determina la delimitación del derecho, o que impone la restricción, sino, especialmente, la justificación de la misma. Para ello, el intérprete debe recurrir a criterios teleológicos que contengan los valores que justifican el Sistema de protección de los derechos fundamentales²⁸⁸, explicando cada una de sus razones conforme a los principios de la argumentación jurídica.

En este sentido, la interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el principio *pro homine*, es decir que, se debe tratar de brindar la protección más amplia que se pueda establecer respecto a un derecho fundamental en un contexto y momento determinado. Asimismo, esta labor debe integrar a nivel interno los estándares normativos determinados en los tratados internacionales ratificados por un Estado, así como los estándares jurisprudenciales establecidos por los tribunales supranacionales, a fin de brindar coherencia al Sistema de protección de los derechos fundamentales.

²⁸⁸ Al respecto Martínez y De Domingo opinan que “(...) el Derecho, como saber práctico, se mueve en el terreno de lo razonable, de lo plausible, no de lo unívoco o exacto. Por esta razón, no debe rechazarse sin más que pueda ser sólida y razonable una interpretación que, por ejemplo, apelando a los intereses jurídicamente protegidos, se atreva a precisar el “núcleo duro” de un determinado derecho fundamental” Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 38. Prieto afirma que “(...) la existencia de valores o principios o de cláusulas como la del contenido esencial (...) suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho. Por graves que sean las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de valores como la libertad o la igualdad o del contenido esencial de un cierto derecho, su mero reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre.” Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1990, p. 146.

En definitiva, se debe tener presente que los derechos no son irreversibles y que las conductas una vez aceptadas como parte de la delimitación, no pueden ser disminuidas, podrán incluirse nuevas, pero nunca dejarse de considerar aquellas a las que ya se les ha dado protección, ni mucho menos la que contiene la esencia del derecho, la “huella digital” que lo identifica cómo lo que es y lo hace único e irrepetible.

CAPÍTULO III

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE CONTROL A LOS LÍMITES O RESTRICCIONES PERMITIDOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La doctrina designa comúnmente bajo la expresión derechos fundamentales a los derechos garantizados por la Constitución²⁸⁹, sin olvidar que ésta debe integrar lo establecido en los tratados internacionales que imponen obligaciones a los Estados para garantizar su protección, debido que son concebidos como ideales o valores que desde un punto de vista político y moral son considerados como básicos para la convivencia humana²⁹⁰. Razón por la cual, en esta investigación se asume el Sistema de protección de los derechos fundamentales como la integración del de DIDH en el Derecho interno, a través de su recepción en el Derecho constitucional.

Este Sistema integrado por el Derecho constitucional y el DIDH regula a los derechos fundamentales de manera abstracta, es decir que su configuración ha sido concebida de forma general e indeterminada a fin de permitir la

²⁸⁹ DIEZ PICAZO, Luis; "Aproximación a la idea de los derechos fundamentales", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 2, Lima, 2000, p. 221.

²⁹⁰ En este sentido, por un lado estamos ante exigencias éticas de dignidad; de algún modo se puede decir que un comportamiento contrario a los derechos supone tratar al titular como un mero medio. Y, por otro lado, los derechos se han convertido en un criterio básico de legitimidad del poder; así tenemos, que el poder político es legítimo solo si se compromete con el reconocimiento y protección de los derechos. Cfr. BARRANCO, María del Carmen. *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*. Palestra, Lima, 2009, pp. 11 y 12.

Por su parte Prieto considera que los derechos tienen dos elementos característicos: teleológico y funcional. Teleológico porque los derechos se identifican como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas e importantes aspiraciones de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad. En cuanto al elemento funcional señala, que los derechos asumen una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por lo tanto, para que estas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos. Cfr. PRIETO, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 20. En el mismo sentido Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; "Fundamentos de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI: personalismo, tridimensionalismo y proyecto de vida" en *Revista Abogados* 7, Diké, Lima, diciembre de 2001, pp. 1 – 22, ver pp. 14 y 22.

incorporación de nuevas conductas en la esfera de su protección. A causa de esta abstracción, la expectativa de realización de las conductas amparadas por los derechos fundamentales en algunas ocasiones puede realizarse a costa de las expectativas de realización de otras conductas objeto de protección de otros derechos fundamentales. De esta manera colisionan inevitablemente con otros derechos o con bienes colectivos.

Lo cual no ha impedido que el mundo académico se encuentre actualmente dividido entre quienes rechazan la existencia de contradicciones o colisiones entre los derechos fundamentales²⁹¹, y consideran que el conflicto se da entre las diferentes pretensiones de las partes en un litigio; y quienes aceptan que los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí, o entre derechos y bienes públicos. Debate sobre el cual no se entrará en detalle en la presente investigación enfocada en las restricciones permitidas a los derechos fundamentales.

El estudio de las restricciones a los derechos fundamentales, no escapa a este escenario. Pues, aunque las restricciones se encuentren taxativamente

²⁹¹ Quienes rechazan el conflicto entre derechos asumen que lo que se presenta es un aparente conflicto de normas, es decir que en la realidad de un caso en litigio aparecen dos normas vigentes que pueden ser aplicadas y son contrarias entre sí. Al respecto Guastini afirma que: “Por lo tanto, generalmente hablando, todo conflicto entre principios constitucionales presenta los siguientes caracteres: a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que, de ordinario, emanan en el mismo momento. b) En segundo lugar, se trata de un principio entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho. c) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”. d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral. Todo ello tiene importantes consecuencias. Los conflictos entre principios constitucionales, no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio “lex posterior”, porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio “lex superior”, porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio “lex specialis”, porque, las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan.” Cfr. GUASTINI, Ricardo; “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia* 8, Lima, agosto de 2007, pp. 631 - 637. Cfr. IRARRAZÁBAL COVARRUBIAS, Juan; “Juan Cianiardo, el conflictivismo en los derechos fundamentales” en *Revista chilena de Derecho* 1, Vol. 30, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile 2003, pp. 201 - 204. Cfr. CIANCIARDO, Juan; *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

determinadas por ley, o los parámetros dentro de los cuales pueden aplicarse se encuentren bien determinados, la línea divisoria entre una restricción y una vulneración a un derecho fundamental es muy difusa; toda vez que éstas suponen un conflicto entre derechos individuales, o entre éstos y derechos o intereses colectivos.

Al respecto, Peces-Barba afirma que al ejercerse un derecho fundamental, éste se puede encontrar en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo²⁹². Incluso se afirma que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”²⁹³; por lo que corresponde adoptar una técnica que ayude a resolver dichos conflictos.

Los detractores de la teoría conflictivista de los DF consideran que frente a este tipo de situaciones, la solución se reduce solamente a preferir un derecho y desplazar el otro; es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro²⁹⁴. Dicho en otras palabras se afirma que la solución se reduce solamente a establecer una jerarquización, que supone aceptar la supremacía de un derecho sobre otro. Lo que equivaldría a distinguir entre derechos fundamentales comunes y derechos fundamentales “supremos”²⁹⁵, o entre derechos de varias “generaciones”, atribuyéndoles una importancia diferente

²⁹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 594.

²⁹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; “La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, en VVAA; *Libertad de expresión y derecho penal*, Edersa, Madrid, 1985, p. 205.

²⁹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis; “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 12, Enero – junio 2005, p. 99.

²⁹⁵ TROPER, Michel; “La nozione di principio sovracostituzionale”, *Analisi e diritto, Revista de derecho de la Universidad de Génova*, 1996, pp. 255-274. En este sentido, se sigue la lógica impuesta en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano sobre *preferred positions*.

con arreglo a la “generación” a la que pertenecen²⁹⁶. De ahí que, ante un eventual conflicto entre derechos de diversa importancia, o de diversa generación, éste podría resolverse recurriendo a una suerte de orden preestablecido.

En este sentido, Guastini²⁹⁷ atenúa la postura de la jerarquización, indicando que se trata de una jerarquía valorativa que no sería establecida en abstracto, sino respecto al caso concreto. Por ello, la denomina jerarquía móvil o axiológica, es decir, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1. Así, el autor concluye que "el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro (...) toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros".

Como se puede apreciar la jerarquización como solución a los conflictos de DF tendría dos extremos. Uno máximo, en el que el orden de unos derechos sobre otros se encuentra taxativamente establecido y por lo tanto sería inamovible; lo que pondría en riesgo la solución de conflictos que fueran similares con algunos matices diferentes, para los cuales la jerarquía preestablecida no sería suficiente para solucionarlos. Y otro mínimo, en el que la jerarquía móvil podría resultar adaptable a las circunstancias distintas que se presenten en los casos de conflictos, no obstante, como la solución sólo valdría para el caso concreto,

²⁹⁶ Según la presentación habitual, la sucesión de las generaciones de los derechos sería la siguiente: derechos civiles (generación I), derechos políticos (generación II), derechos sociales (generación III), derechos de las generaciones futuras, y similares (generación IV). Este uso ideológico de las generaciones de derechos, consistentes en sobreponer un orden de prioridad axiológica en lugar de lo que es una (aproximativa) sucesión cronológica. Cfr. PINO, Giorgio; “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli” en *Doxa: Cuadernos de filosofía de derecho*, Nº 32, *Revista internacional de la Universidad de Alicante*, 2009, p. 652.

²⁹⁷ GUASTINI, Ricardo; “Los principios en el derecho positivo” en *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, p. 167.

no sería posible establecer precedentes que se puedan aplicar a casos futuros exactamente similares. Esto es que la solución a los conflictos de DF no sería posible en todas las situaciones que se presenten en la realidad.

Por el contrario, quienes aceptan la existencia de una colisión o conflicto real entre derechos, asumen el reto de tratarlos adecuadamente a través de la argumentación jurídica²⁹⁸, para lo cual se sirven de mecanismos o criterios de solución, como la aplicación del principio de proporcionalidad.

Para quienes el conflicto entre derechos sólo es aparente²⁹⁹, el principio de proporcionalidad alcanzaría a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones iusfundamentales. No obstante, se señala que habría una insuficiencia debido a la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro. En consecuencia, quienes avalan esta postura, concluyen que tanto la jerarquización como el análisis de proporcionalidad conducen a una relativización de los derechos fundamentales³⁰⁰.

Esta percepción sobre el análisis de proporcionalidad resulta errónea. En este sentido, el reconocido profesor alemán Alexy, en su obra³⁰¹, nos dice que la solución de los conflictos entre DF a través del principio de proporcionalidad implica establecer una relación de preferencia condicionada de un derecho o interés sobre otro en el caso concreto. Sin que ello signifique establecer

²⁹⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis; “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en CARBONELL, Miguel (ed.); *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007, 334 pp. MORESO, José Juan; *Lógica, argumentación e interpretación en derecho*, UOC, Barcelona, 2006.

²⁹⁹ Ver referencias de María

³⁰⁰ IRARRAZÁBAL COVARRUBIAS, Juan; “Juan Cianiardo, el conflictivismo en los derechos fundamentales” en *Revista chilena de Derecho* 1, Vol. 30, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile 2003, pp. 201 - 204. Cfr. CIANCIARDO, Juan; *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsá, Pamplona, 2000.

³⁰¹ Cfr. ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

jerarquías predeterminadas ni móviles. Así, refiere que esta relación de precedencia condicionada no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, aunque ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro, dependerá de las circunstancias especiales de cada caso la construcción de dicha relación de precedencia. En ocasiones puede haber soluciones que armonicen ambos, haciendo que las dos partes cedan en algún aspecto concreto. A diferencia de la jerarquización, el principio de proporcionalidad, a través de la argumentación jurídica, permite justificar el orden de precedencia de un derecho o interés sobre otro, lo que contribuye a la construcción de una red de precedentes aplicable a casos similares.

Del mismo modo, Barnes afirma que ante un conflicto, aun suponiendo que ninguno de los derechos ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente –más allá de lo necesario o en forma desequilibrada– un derecho a favor del otro. En su opinión, ante un conflicto, el análisis de proporcionalidad favorece al derecho que padece la restricción, al que se lleva la peor parte³⁰². En razón de lo cual se evita invalidar un derecho o interés a favor de otro, preservándose así la igualdad entre los derechos fundamentales.

Conforme se puede apreciar la doctrina lleva años desarrollando un amplio debate sobre la existencia o inexistencia de conflictos entre los DF, y las técnicas empleadas para su solución. De todas las disponibles, la más utilizada y la más polémica es sin duda el principio de proporcionalidad. Esta investigación, referente a las restricciones permitidas a los derechos

³⁰² Cfr. BARNES, Javier; “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 1998, pp. 35-36.

fundamentales, se centra en un tipo de conflicto particular: el que contrapone derechos individuales entre sí, o derechos colectivos y derechos individuales, es decir entre intereses particulares y entre éstos y los públicos, siempre dentro del marco legal que permite una restricción a condición que ésta sea legítima y proporcionada. Por esta razón, el principio de proporcionalidad ha sido instituido desde la norma –CEDH y CADH– como la herramienta a utilizar para dar solución a este tipo particular de conflictos, para guiar la evaluación de la constitucionalidad o de la convencionalidad de las restricciones a los DF, con la finalidad de determinar si éstas son legítimas y no violan un derecho fundamental.

De ahí que, se puede afirmar que la relación existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad se ha convertido en uno de los temas centrales no solamente del constitucionalismo sino también del DIDH; y por tanto, constituye actualmente una parte obligatoria del estudio de la teoría general de los derechos fundamentales.

A continuación corresponde enunciar la doctrina del principio de proporcionalidad de forma general, antes de entrar en los detalles de su aplicación. Teniendo en cuenta que el profesor Alexy ha desarrollado ampliamente el estudio de dicho principio, se considera pertinente señalar brevemente las cuestiones generales sobre el principio de proporcionalidad propuestas por dicho académico (I), para luego presentar la estructura de desarrollo de este principio y los diversos aportes doctrinarios en la materia (II), a fin de poder determinar la manera de aplicación coherente del principio de proporcionalidad respecto a las restricciones a los derechos fundamentales (III).

I. Cuestiones generales relativas al Principio de Proporcionalidad según Robert Alexy

Alexy³⁰³ afirma que el carácter ideal de los DF no se desvanece una vez que han sido transformados en derecho positivo sino que, en su opinión, permanecen conectados como razones en favor o en contra del contenido que ha sido establecido a través de la positivización y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales. Por ello, subraya que los derechos fundamentales tienen un alto grado de abstracción, generalidad e indeterminación, Como derechos abstractos, los derechos colisionan inevitablemente con otros derechos y con bienes colectivos. Precisa que en sentido estricto, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellos una relación de precedencia condicionada.

En este contexto, Alexy defiende la tesis de la conexión entre los conflictos de DF y la aplicación del principio de proporcionalidad debido a que considera que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios. Para el autor, los principios son mandatos de optimización, son normas que, en su opinión, requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas

³⁰³ ALEXY, Robert; "Ponderación, control de constitucionalidad y representación" en ALEXY, Robert; *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Marcial Pons, México, 2005, pp. 89 – 103.

ALEXY, Robert; *Derecho y razón práctica*, Fontanamara, México 1993. ALEXY, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

que contextualizan su ejercicio. Por esto, indica que las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y especialmente mediante principios que juegan en sentido contrario³⁰⁴. Señala que si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. En consecuencia, subraya que las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico³⁰⁵. Mientras que los principios son en abstracto válidos y consistentes, pero en determinadas situaciones pueden originar conflictos. Sólo en presencia de un caso concreto se presenta la incompatibilidad³⁰⁶.

En razón de lo expuesto, Alexy³⁰⁷ considera que la definición de los principios como mandatos de optimización conduce directamente hacia una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad. Así, afirma que si el legislador constituyente ha superado una colisión de principios expidiendo una regla, entonces el principio formal de autoridad de la Constitución exige que esta regla sea respetada. Sin embargo, explica que si la regla es ambigua, vaga o evaluativamente abierta, los principios sustantivos que se encuentran tras la regla entraran inmediatamente en juego. De este modo Alexy defiende la existencia de una potencial conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Pues afirma que, la contraparte del carácter potencial es la conexión real existente entre los derechos fundamentales y los principios. Hace énfasis en que una conexión

³⁰⁴ Cfr. ALEXY, Robert; *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España, Madrid, 2004, p. 13.

³⁰⁵ ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 81, 83, 86 y 87.

³⁰⁶ ELÓSEGUI, María; "El principio de proporcionalidad en Robert Alexy y los acomodamientos razonables en la sentencia Eweida y otros c. Reino Unido" en ELÓSEGUI, María (Coor.) *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Colección Actas 11, Marcial Pons, pp. 157 – 186, ver p. 159.

³⁰⁷ ALEXY, Robert; "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad" en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 11 – 29.

real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios.

En relación a la aplicación del principio de proporcionalidad, Alexy³⁰⁸ afirma que éste exige examinar la colisión a la luz de los juicios, máximas o subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, refiere en primer lugar que, el subprincipio de idoneidad excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. Es decir que la limitación de un derecho fundamental sólo es admisible si efectivamente favorece a otro derecho fundamental. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad exige que de entre dos medios igualmente idóneos se elija aquel que sea menos lesivo. Lo cual significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencia lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona.

El tercer paso del análisis corresponde al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el que se conoce como ponderación. Según Alexy el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” formulada de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de

³⁰⁸ ALEXY, Robert; “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 11 – 29. Además se puede Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio; “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 253. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio; y DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional – Teoría general e implicaciones prácticas*, Palestra Editores, Lima, 2010, p.27.

no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”³⁰⁹

En cuanto al desarrollo de la ley enunciada, Alexy³¹⁰ manifiesta que se estructura en tres etapas claramente definidas. En primer lugar se define el grado de no satisfacción o de afectación de uno o alguno de los principios. En la segunda etapa, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, la tercera etapa sirve para definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro.

En consecuencia, vemos que Alexy considera respecto a los conflictos entre principios (o derechos fundamentales) que el problema no se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino aplicando el principio de proporcionalidad, ponderando específicamente cuál principio debe obtener un mayor peso en una situación determinada. Para el autor, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización³¹¹.

Por otra parte, considera que la “ley de la ponderación” en cuanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser resueltos los casos. No obstante, afirma que el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la “ley de la ponderación” con la teoría de la argumentación

³⁰⁹ ALEXY, Robert; *Teoría de Derechos Constitucionales*, Universidad de Oxford, 2002. ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 161. ALEXY, Robert; *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 55.

³¹⁰ ALEXY, Robert; *Teoría de Derechos Constitucionales*, Universidad de Oxford, 2002. ALEXY, Robert; “Ponderación, control de constitucionalidad y representación en ALEXY, Robert; *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Marcial Pons, México, 2005, pp. 89 – 103.

³¹¹ ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 166.

jurídica racional³¹². En su opinión, la “ley de la ponderación” dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada³¹³. Así, bajo ciertas circunstancias, no se trata de establecer una jerarquía entre los principios, sino que se establece una relación en la que un principio precede a otro³¹⁴.

Teniendo en cuenta que el origen del principio de proporcionalidad viene de la tradición constitucional alemana, la proporcionalidad en Alemania se basa en una concepción orgánica del Estado y opera para moderar la realización de los valores e intereses sociales comúnmente compartidos. La concepción alemana del equilibrio gira en torno a los valores intrínsecos. Este sentido, está ligado a una concepción orgánica del Estado, bajo la cual todos los órganos confían unos en otros y cooperan para realizar valores comunes que expresan el espíritu de la nación³¹⁵.

Schlink considera que el principio de proporcionalidad tiene como función proteger los derechos fundamentales contra las limitaciones o intrusiones que puedan causar violaciones a éstos. Para este autor el principio de proporcionalidad proporciona un método válido para determinar cuáles limitaciones e intrusiones pueden ser permitidas. Este método está sujeto a variaciones, pues puede ser realizado con más o menos rigor, enfatizando la evaluación fáctica de la idoneidad y de la necesidad; o los juicios de valor de la ponderación en sentido estricto; puede poner la carga de la prueba, o dar el

³¹² ALEXY, Robert; *Derecho y razón práctica*, Fontanamara, México 1993. ALEXY, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

³¹³ ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 167.

³¹⁴ ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 89.

³¹⁵ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; “The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law”, en *San Diego Law Review* 46, School of Law, University of San Diego, 2009, pp. 388, 393, 394, 395.

beneficio de la duda de las limitaciones o intrusiones, sobre el Estado o el individuo afectado³¹⁶.

Cohen-Eliya y Porat señalan que la difusión del análisis de proporcionalidad en los sistemas jurídicos ha sido particularmente rápido y ha proporcionado una gramática común para el constitucionalismo global. En su opinión, el test de proporcionalidad es estructurado y doctrinal debido a su división en tres subtests analíticamente separados que se siguen lógicamente y se complementan entre sí³¹⁷.

El principio de proporcionalidad fue concebido desde sus inicios como un método de controlar las actividades restrictivas del Estado. Por lo que corresponde a los tribunales aplicarlo para valorar si el Estado no se ha excedido en sus funciones, imponiendo restricciones que en la realidad se configuran como violaciones de derechos fundamentales. Es en este sentido que la labor del juez deviene de suma importancia, no obstante, en dicha tarea enfrenta algunas dificultades en la aplicación del principio de proporcionalidad, a las que se hará referencia a continuación.

II. Estructura del análisis de proporcionalidad

A cerca de la estructura del test de proporcionalidad existen versiones diferentes respecto a los elementos que lo conforman. Puede ser desarrollado

³¹⁶ SCHLINK, BERNHARD; "Proportionality" (1) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 718 .737. Ver p. 729.

³¹⁷ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "American balancing and German proportionality: the historical origins" en *International Journal of Constitutional Law* 8, Oxford University and Ney York University School of Law, 2010, pp. 263 – 286.

a través de cuatro etapas³¹⁸ como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Alemán al examinar la proporcionalidad de una medida.

En esta versión, en primer lugar, se examina que el objetivo o fin perseguido con la limitación legal del derecho fundamental se logre. Posteriormente, se evalúa que la medida adoptada tenga una conexión racional con el propósito o fin perseguido. En tercer lugar, el análisis se centra en valorar la necesidad de la medida con la que se pretende logra cumplir el objetivo de la ley. Finalmente, el test se enfoca en determinar si la restricción o limitación es proporcionada en sentido estricto.

La versión generalizada del Test de proporcionalidad, es la difundida por el reconocido profesor alemán Robert Alexy, la que ha sido ampliamente recibida en el mundo constitucional y consiste en un test compuesto de tres elementos o subprincipios: análisis de idoneidad, análisis de necesidad y la ponderación o análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

Teniendo en cuenta que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe perseguir un fin legítimo, que a la vez permita realizar objetivos sociales que se alineen con los valores del Estado y con el lugar que ocupan los derechos fundamentales en el acuerdo social general, es considerado pertinente realizar el análisis de proporcionalidad en tres etapas³¹⁹. Este es el análisis que se realiza en tres continentes, tales como: los sistemas jurídicos

³¹⁸ Cfr. GRIMM, Dieter; "The role of the fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany" en *International Journal of Constitutional Law* 13, Oxford University and New York University School of Law, 2015, pp. 9 – 29. Ver p.19. Cfr. BARAK, Aharon; "Proportionality" (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 738-755.

³¹⁹ BARAK, Aharon; "Proportional effect: the Israeli experience" en *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, 2007, pp. 369 – 382.

alemán, británico, canadiense, israelí, australiano y la mayoría de Iberoamérica³²⁰.

Por ello, en esta investigación se utiliza el análisis de proporcionalidad dividido en tres etapas. Para analizar la legitimidad de las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales es necesario determinar lo que el juez debe valorar en cada etapa del test. A continuación se expone una breve recopilación doctrinal de lo que se considera debe ser valorado en cada paso del análisis de proporcionalidad.

En este sentido, se hace referencia, en primer lugar, a la existencia de una conexión racional entre el fin perseguido y la elección de una medida idónea para lograrlo (a). Posteriormente, se espera que la medida escogida interfiera con la realización de un derecho de forma mínima (b). Finalmente, se requiere que exista una relación de proporcionalidad entre el objetivo perseguido y la medida empleada (c).

a) El fin legítimo o análisis de idoneidad

El primer paso del análisis de proporcionalidad busca determinar si la medida diseñada para cumplir el objetivo legislativo está conectada racionalmente con éste. En otras palabras, se trata de establecer si el fin perseguido es legítimo

³²⁰ Por ejemplo autores como Stone y Mathews han enfocado su análisis en los casos de Canadá, Sudáfrica e Israel, en parte, porque estos sistemas históricamente no han estado muy influenciados por las leyes alemanas o continentales. Los autores indican que en Canadá, Sudáfrica e Israel, el marco de proporcionalidad era desconocido antes del inicio de la revisión judicial, y dicha revisión fue desconocida hasta hace muy poco tiempo. Una vez que se establecieron los derechos y la revisión, los tribunales superiores de los sistemas respectivos adoptaron rápidamente el principio de proporcionalidad. En Canadá, los jueces aplican el test de la medida menos restrictiva cuando se les pide que hagan cumplir la prescripción de "límites razonables" del Artículo 1 de la Constitución. En Sudáfrica, el test de la medida menos restrictiva es requerido por la propia Carta de Derechos debido a que ello se basó en una decisión previa del Tribunal Constitucional de adoptar el análisis proporcionalidad como principio general de adjudicación de derechos. Cfr. STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud; "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" en *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (1), Columbia Law School, 2008, pp. 72 – 164, Ver Poner autores. Agregar Australia, UK

así como la existencia de una conexión con la medida aplicada de forma idónea para lograrlo.

Es conocido que las restricciones a los derechos fundamentales provienen de la ley, están taxativamente enumeradas para los derechos que pueden legítimamente restringirse. Lo que muchas veces no queda muy claro es lo que el juez debe valorar para determinar la legitimidad del fin perseguido y la idoneidad de la medida elegida para lograrlo. Así pues, cabe reflexionar si basta con que el juez simplemente verifique que la medida restrictiva haya sido impuesta mediante una ley, o además debería verificar el grado en el que la medida cumple con el objetivo perseguido a fin de determinar su idoneidad. Con dichas consideraciones en mente, a continuación se expone una breve recopilación doctrinal de lo que podría servir de punto de referencia para determinar lo que se debe valorar en esta etapa del test.

En vista de la problemática señalada, autores como, por ejemplo, Barak opina que la ley que restringe derechos debe tener un propósito adecuado, lo cual puede variar de una cultura constitucional a otra. Así, considera que en esta etapa no se realiza la ponderación de forma concreta, por lo que el propósito adecuado se convierte en una escala de grises que puede englobar el interés público o los derechos de los demás³²¹. Lo que, en palabras de Grimm significaría que el fin perseguido debe ser compatible con la Constitución. Para este autor un fin constitucionalmente prohibido no puede justificar una restricción o limitación a un derecho fundamental³²².

³²¹ Barak denomina a este elemento como “proper purpose”. Cfr. BARAK, Aharon; “Proportionality” (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 738 -755. ver p. 743.

³²² GRIMM, Dieter; “The role of the fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany” en *International Journal of Constitutional Law* 13, Oxford University

Es pertinente recordar que en el caso de las restricciones permitidas, el fin que se considera legítimo consistiría en la protección de la salud, moral, orden, seguridad públicos, así como los derechos y libertades de los demás³²³. La medida impuesta deberá tener como fin la protección de esos bienes o intereses para justificar la restricción de un derecho fundamental como la libertad de expresión, religión, asociación, reunión o la vida privada familiar³²⁴.

Teniendo en cuenta que la normativa invocada (CEDH y CADH) requiere que la restricción sea dada por ley, ello quiere decir que el juez deberá verificar que dicha medida haya sido impuesta por una ley conforme a lo establecido en el derecho interno, respecto al órgano y al procedimiento para su aprobación. Se podría agregar aquí que no importa el rango de la ley que establezca la restricción; dicho de otra manera, significa que el control de convencionalidad que se realiza alcanzaría desde la Constitución política de los Estados partes hasta cualquier otra ley de inferior jerarquía dentro de un sistema jurídico interno.

Haciendo eco de lo dicho por Barak sobre el “propósito adecuado” de la ley, éste consistiría en la protección de la salud, moral, orden, seguridad públicos, así como los derechos y libertades de los demás, bienes que están protegidos por los tratados internacionales que han creado tanto el Sistema Europeo como el Americano de protección de derechos humanos y que se asume que los Estados partes integraron en sus Constituciones como normas supremas de su

and New York University School of Law, 2015, pp. 9 – 29, ver p. 19. Cfr. GRIMM, Dieter; “Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence”, en *University of Toronto Law Journal* 57, University of Toronto Press, 2007, pp. 383 – 397. El autor se refiere a la trayectoria de aplicación del test de proporcionalidad en la jurisdicción constitucional alemana.

³²³ Teniendo en cuenta que esta investigación se enfoca en las restricciones reguladas en los Sistemas europeo y americano de derechos humanos, se hace referencia a lo regulado en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH y los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH.

³²⁴ En referencia a los derechos que pueden ser legítimamente restringidos según el CEDH y la CADH.

sistema jurídico interno; por lo que, conforme a lo dicho por Grimm el fin perseguido debe ser constitucional, y además convencional.

Ahora bien, los fines por los cuales una restricción puede resultar legítima han sido enumerados por el CEDH y la CADH de forma bastante amplia; por lo que cabe suponer que no toda intención de proteger dichos bienes puede ser considerada como legítima para justificar una restricción que no se convierta en violatoria de un derecho fundamental. Esto es, el logro del fin (un “propósito adecuado” otro bien, interés o derecho que debe ser protegido) debe ir acompañado de la elección de una medida que pueda lograr el objetivo perseguido, es decir que logre el fin. Es en este momento del análisis en que el juez debe centrarse en la medida escogida por el Estado, en lo que se considera el análisis de idoneidad, y valorar en qué forma y grado dicha medida logra ese fin sin convertirse en vulneratoria de un derecho fundamental.

En cuanto a ello, Clérico considera que la expresión fin en derecho constitucional significa el que sea posible el ejercicio de un derecho fundamental, un bien constitucional colectivo, o evitar una mayor limitación a un derecho. Los fines que persigue la medida aplicada se determinan al realizar la comprobación fáctica y positiva (lo que otros autores denominan la conexión racional) del fomento del fin por el medio escogido³²⁵. En definitiva, Según Clérico, el examen de idoneidad viene exigido por el derecho que se siente afectado, que soporta una restricción, por lo que, en su opinión, se espera que el medio estatal fomente el logro del fin o de los derechos promovidos; de lo

³²⁵ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver Capítulo 1, II.1, pp.46 – 54.

contrario, afirma que las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el punto de vista empírico³²⁶.

En este contexto, se evalúa, en opinión de Barak, la conexión racional entre la medida adoptada y el propósito perseguido; es decir que, se busca determinar que la medida tenga el potencial de lograr el fin, o de realizarlo completamente, o hacerlo de forma eficiente, o realizarlo hasta cierto alcance que no sea ni marginal, escaso o teórico³²⁷.

Del mismo modo, Möller señala que la conexión racional implica que la interferencia debe ser un medio adecuado para alcanzar el fin legítimo, aunque sea en grado mínimo. Parte del hecho establecido que efectivamente existe un choque entre dos valores protegidos; por lo que, si la restricción o limitación contribuye en cierta medida al logro del fin, por pequeño que sea, entonces la determinación de la idoneidad de la medida empleada se satisface³²⁸.

Similarmente, Clérico afirma que debe existir una relación de contribución entre la medida seleccionada y el fomento del fin que pueda justificar la restricción de un derecho fundamental. En su opinión, la comprobación de la idoneidad de la medida alcanza con “posibilidad abstracta del aumento gradual del fin en general”, se exige tan “solo un medio plausible, es decir un medio que fomente el fin.” Si esta relación de fomento no se da, Clérico explica que la medida es inadecuada y por lo tanto desproporcionada en sentido amplio. Señala que si la conexión se da existe una obligatoriedad de realización del fin, por lo que la

³²⁶ CLÉRICO, Laura; “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación” en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXI), BOE, 2015, pp. 73 – 99, ver p. 81.

³²⁷ Cfr. BARAK, Aharon; “Proportionality” (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 738 -755.

³²⁸ MÖLLER, Kai; “Proportionality: challenging the critics” en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 709 – 731, ver p. 713. Cfr. MÖLLER, Kai; *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, ver p. 194.

autora indica que este argumento debe ser confrontado con los argumentos en contra de la medida en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, pues en esta etapa no se realiza la ponderación³²⁹.

Acorde con todo lo expresado, Chaile considera que, en este primer nivel del análisis de proporcionalidad, se valora generalmente si la medida es adecuada o apropiada para alcanzar el fin pertinente. Ello no consiste en verificar si la medida está bien redactada o si representa la forma práctica y deseable de alcanzar el fin. Por el contrario, opina que su objeto es comprobar si los fines perseguidos por una medida, en particular, son legítimos. Lo que requiere una verdadera razón independiente que justifique la regulación parcial (o restricción) del interés protegido, que para este autor debe ser una razón distinta al simple deseo de restringir el interés protegido por sí mismo. Por lo que, señala que este paso del test impone un umbral bastante bajo y rara vez se infringe³³⁰. Dicho de otra manera, implica detectar leyes cuya falta de coincidencia entre los medios y los fines es más aguda: leyes irracionales o excesivamente amplias que imponen un costo a los derechos logrando poco o

³²⁹ Al respecto la autora habla de dos versiones de fomento del fin: “La versión *fortísima* del mandato de la adecuación técnica exige la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el *más alto* alcance), cualitativo (el *mejor* de los alcances) y el de las probabilidades (el *más seguro* de ser alcanzado). (...) El actor tiene que elegir el medio que demuestre la versión más positiva en todos los sentidos entre medio y fin. Todos los medios que no demuestren ese grado de alcance del fin quedan descalificados. La versión *fortísima* se acerca a un ideal. Como los ideales en general no pueden ser realizados en su completitud, quien aplica y controla el derecho no puede razonablemente exigir al actor la elección del medio *más adecuado en todos los aspectos*. Sin embargo, la *versión fortísima* de la adecuación técnica queda como idea regulativa (...)” “una versión débil del mandato de adecuación técnica exige la selección de un medio. Sólo son desechados aquellos medios que no se encuentran de modo alguno –es decir en ningún aspecto– en relación con el fomento del fin (...)” Cfr. CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver Capítulo 1, II.2, II.3, II.4 y III, pp. 56 – 84.

³³⁰ Cfr. CHAILE, Roshan; “The Proportionality Principle and the Kable Doctrine: A New Test of Constitutional Invalidity?” en *Global Journal of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 163 -193. El autor indica lo que implica cada paso del test de proporcionalidad extraído del análisis de la jurisprudencia australiana.

nada; por lo que en la mayoría de los sistemas, pocas leyes se anulan en esta etapa³³¹.

Sintetizando, se puede afirmar que en esta primera etapa del análisis de proporcionalidad el juez no debe centrarse simplemente en la norma en abstracto para cumplir el requisito de que la restricción sea impuesta por ley, sino especialmente en el contenido de dicha norma. Dicho contenido debe perseguir un fin legítimo, un propósito adecuado (Barak). Este propósito adecuado o legitimidad del fin se basa en otros derechos, bienes o intereses que deben ser también protegidos (salud, moral, orden, seguridad públicos, así como los derechos y libertades de los demás³³²) a la par que el derecho fundamental que se restringe. Se entiende que tales derechos, bienes o intereses constituyen también el objeto de protección tanto del sistema jurídico interno (Constitución política de un Estado) como internacional (tratados de derechos humanos ratificados por el Estado).

Así pues, la norma en análisis debe soportar no sólo el control de constitucionalidad sino el de convencionalidad (aunque se trate de la propia Constitución de un Estado). Por lo que no cumplirían con el requisito de fin legítimo aquella normativa que contenga un objetivo que no forme parte de la dogmática de los derechos fundamentales (o que vaya contra ella), donde conforme se ha subrayado en esta investigación, se integran a nivel interno, en el ámbito constitucional, las obligaciones internacionales de protección de estos derechos asumidas por el Estado.

³³¹ MATHEWS, Jud; STONE SWEET, Alec; "All things in proportion? American rights review and the problem of balancing" en *Emory Law Journal* 60 (4), Emory University School of Law, 2011, pp. 797 – 875, ver pp. 802 - 805.

³³² Teniendo en cuenta que esta investigación se enfoca en las restricciones reguladas en los Sistemas europeo y americano de derechos humanos, se hace referencia a lo regulado en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH y los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH.

Una vez que se determine que la norma examinada contiene un fin legítimo, el juez debe tornar su atención a la medida que se utiliza para realizar el fin, restringiendo a su vez otro derecho. Esta valoración busca determinar la idoneidad de la medida. En este punto los autores citados se refieren al análisis del fomento del fin por la medida (Clérico) o de la conexión racional entre fin y medida (Barak, Möller). Se entiende que ambas expresiones –fomento y conexión racional– significan que la medida debe realizar el fin, es decir lograrlo, cumplirlo. Dicho de otro modo, que en la realidad se brinde una mayor protección a determinado bien, derecho o interés en restricción de otro sin llegar a violarlo. Ello constituye la esencia de lo que se debe valorar para declarar la idoneidad de una medida.

A este nivel, se debe reflexionar sobre la intensidad del logro del fin por la medida elegida. Si debe ser simplemente posible o completamente concreto. Ahora bien, se aprecia que los autores coinciden en señalar que bastaría con la posibilidad o potencial de que la medida logre el fin, el grado de logro es mínimo, sin que ello implique que se encuentren medidas que logran el fin de forma concreta. El umbral de análisis es la mínima posibilidad o potencialidad de que la medida logre el fin. Por ello, la afirmación de Chaile y Mathews de que muy pocas leyes fallan esta parte del test resulta pertinente. Si la medida no cumple estos criterios no hay más razón para continuar el test. Coincido con Clérico en que en esta etapa no hay ponderación, pues los criterios son claros para valorar la normativa que impone la restricción, si son reunidos se avanzará con los siguientes pasos del test a fin de determinar la legitimidad de la restricción.

Si el fin está determinado de forma clara el análisis de la idoneidad de la medida no debería ser complicado. No obstante, cabe reflexionar sobre lo que pasaría si el fin no se encuentra claramente determinado. En este sentido, Clérico opina que los fines deben ser precisados en la mayor medida posible, pues si no es así, corresponde a quien aplica el derecho hacer la interpretación en el contexto en que la medida fue aplicada, lo que en ocasiones puede apartarse de lo deseado por el legislador³³³.

En esta valoración, se critica que el intérprete entre en la esfera que corresponde al legislador en su tarea de determinar el fin perseguido y así evaluar la idoneidad de la medida aplicado para su logro. Así pues, la crítica a este nivel indica que el juez podría suplantar al legislador al tratar de determinar sus propósitos o intenciones detrás de una medida o política pública determinada, pues no podría a ciencia cierta realmente establecer todas las situaciones que el legislador se planteó o descartó como fines a lograr para las medidas escogidas.

En este contexto, Möller opina que hablar de las metas o los objetivos de las políticas públicas resulta engañoso³³⁴. Tener un objetivo o un propósito es un estado mental; por lo tanto señala que, las políticas públicas no pueden tener objetivos o metas. El autor considera que los tribunales normalmente no investigan los estados de ánimo de los responsables de la toma de decisiones. En su opinión, lo que importa es si la política pública o decisión puede ser objetivamente justificable, no si las personas que la diseñaron tuvieron las

³³³ CLÉRICO, Laura; El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver Capítulo 1, II.1, pp.46 – 54.

³³⁴ Cfr. MÖLLER, Kai; “Proportionality: challenging the critics” en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 709 – 731, ver pp. 711 - 712. Cfr. MÖLLER, Kai; *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 181 – 193.

consideraciones correctas en sus mentes. Por ello, sugiere que en lugar de confiar en hechos psicológicos, la idea del objetivo o fin de una política o medida que interfiere con un derecho debería ser valorada, planteándose, en primer lugar, como primera pregunta si hay intereses que justifiquen la interferencia, en el sentido de que éstos no son del todo irreales y, al menos, estén racionalmente conectados a dicha política o medida.

Con esta opinión se ensaya disipar la crítica antes referida, pues el juez no puede tratar de adivinar todas las intenciones que tuvo el legislador de determinar cómo fines realizables a través de una medida determinada, su valoración debe dirigirse a establecer como fines legítimos aquellos que sean razonables para lograr la protección de determinados bienes, intereses o derechos, restringiendo, más no vulnerando otros derechos.

A su vez Kumm considera que la valoración del juez debe recaer sobre razones que califican como legítimas para justificar una infracción de los derechos de alguien. La función de los tribunales es garantizar que cualquier acto coercitivo en una democracia liberal pueda calificar como un juicio colectivo de la razón sobre lo que la justicia y la buena política requieren. El autor considera que esta valoración es un antídoto contra las tradiciones, convenciones y preferencias que restringen los derechos, que cuentan con el respaldo de las mayorías pero que no están respaldadas por ninguna razón plausible que justifique una medida o política. En su opinión, la idea misma de excluir ciertos tipos de razones es central en la idea de restringir las limitaciones de los derechos a aquellos que pueden justificarse de manera demostrable en una democracia liberal. Según Kumm el test cumple una función de filtro para

descartar razones ilegítimas que hubieran escapado al filtro democrático y que pueden vulnerar derechos³³⁵.

Considerando una posible situación de incertidumbre sobre el fin que persigue la medida y respecto a la crítica planteada, se puede afirmar que la labor de interpretación que realiza el juez, tanto interno como internacional, no implica substituirse en el lugar del legislador. Determinar el fin perseguido por la medida no implica que el juez le “enmiende la plana” al legislador, pues precisar el fin no significa crear, cambiar o reescribir el fin que la norma pretende, ni para favorecer o desmerecer la medida escogida y la conexión que debe existir; por el contrario, su interpretación busca esclarecer la intención del legislador sin cambiarla.

Asimismo, vía interpretación el juez no puede precisar todas las situaciones que previó el legislador, de la misma manera que el legislador al momento de adoptar la medida no puede determinar todas las situaciones que sucederán en la realidad, o todos los posibles efectos que la medida escogida puede producir, y que constituyen los hechos que enfrenta el juez al momento de decidir si una restricción es legítima y proporcionada. El control judicial no suplanta al legislador; por el contrario ayuda a mantener un sistema normativo coherente. Una vez determinado claramente el fin y su contenido legítimo perseguido por la medida implementada, corresponde establecer si dicha medida es la única que puede lograr ese fin de forma idónea.

³³⁵ KUMM, Mattias; “The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality” en *Review, Law and Ethics of Human Rights* 4, 2010, pp. 147 – 154, ver p. 156.

b) El análisis de necesidad de la medida empleada

La segunda etapa del test se centra en establecer la existencia de otras medidas diferentes a la aplicada al caso concreto, que sea menos invasiva del derecho afectado, es decir que le imponga la menor carga posible. A diferencia de la etapa anterior, coincido con Cohen-Eliya y Porat en que este análisis no requiere una comparación entre el fin perseguido y el derecho. En su opinión, todo lo que se requiere es un mejor ajuste entre los medios y el fin, el que menos vulnere al derecho. En este sentido, afirman que el análisis que se debe realizar es similar al test del óptimo de Pareto³³⁶. En opinión de Bernal aunque esto le parece posible, recuerda que el principio de necesidad se originó en el Derecho Público mucho tiempo antes de la publicación de los estudios de Pareto; por ello señala que, el análisis debe centrarse en la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos³³⁷. En algunos sistemas jurídicos, como por ejemplo el británico, esta etapa del análisis supone buscar la medida menos restrictiva posible (*the least injurious means*)³³⁸.

Lo que muchas veces no queda muy claro es si el juez debe determinar la existencia concreta o sólo la posibilidad de existencia de otra medida menos restrictiva que hubiera podido ser aplicada y lograr el mismo fin sin violar el derecho. Por ello, a continuación se exponen breves reflexiones doctrinales de

³³⁶ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "American balancing and German proportionality: the historical origins" en *International Journal of Constitutional Law* 8, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 263 – 286.

³³⁷ Cita en específico a Schlink, quien afirma: consiste en una extrapolación al Derecho del óptimo de Pareto, que establece la eficiencia de una situación cuando no existe cambio alguno que la pueda mejorar sin desmejorar a otra. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 735.

³³⁸ Cfr. CRAIG, Paul; *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 2016, p. 662.

lo que podría servir de punto de referencia para determinar lo que se considera como una medida menos restrictiva o la intensidad de vulneración que ésta debe tener para considerarse más necesaria que la impuesta.

Para Grimm en esta etapa se evalúa si la medida es necesaria al determinar que no hay medios alternativos disponibles para lograr el mismo fin, y que, además, sean menos restrictivos del interés protegido; puesto que, si se dispone de medios menos intrusivos para alcanzar el fin perseguido, la medida se considerará como una vulneración innecesaria a un derecho fundamental y, por lo tanto, inconstitucional³³⁹, o no pasará el control de convencionalidad en el marco de la presente investigación.

Entonces, como ya se ha sido dicho, la interrogante que surge es si el juez debe valorar solamente la inexistencia de otras alternativas menos restrictivas conforme a los hechos concretos del caso, o debe darse a la tarea de identificar por sí mismo la existencia concreta de otras alternativas, o se debe conformar con la sola posibilidad de su existencia. Es aquí donde radica el punto central de esta etapa del análisis.

En opinión de Grimm, ello no es difícil de lograr, lo que es más complicado es determinar si las medidas menos lesivas tendrían el mismo efecto, o uno equivalente, al de la empleada. La respuesta a esta interrogante, según el autor resultaría sólo un pronóstico de tales efectos³⁴⁰.

En cuanto a ello, se puede señalar que el juez debe enfocarse en buscar las medidas alternativas que se encuentren disponibles, es decir que existen en la

³³⁹ GRIMM, Dieter; "The role of the fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence" in *Germany en International Journal of Constitutional Law* 13, Oxford University and New York University School of Law, 2015, pp. 9 – 29. Cfr. P. 19.

³⁴⁰ GRIMM, Dieter; "Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence", en *University of Toronto Law Journal* 57, University of Toronto Press, 2007, pp. 383 – 397.

realidad y no meras probabilidades. De esta manera el análisis se torna hacia valorar que importa más: el cumplimiento del fin o la menor intensidad en la restricción que se impone a un derecho.

Al respecto, Chaile afirma que se trata de identificar una medida alternativa menos restrictiva e igualmente efectiva para lograr el fin perseguido. Lo que, en su opinión, inevitablemente depende de cómo se caracteriza el fin establecido por la norma; pues, añade que, la eliminación de un riesgo puede permitir mayores restricciones que la reducción del mismo. Así, el autor considera que si dos o más medidas son igualmente efectivas, no es relevante si la medida en sí misma es necesaria o deseable para el bien de la sociedad, pues sólo la que sea menos restrictiva satisfará el análisis de necesidad³⁴¹.

Del mismo modo, Barak considera que la ley es necesaria si existe una alternativa igual de efectiva y menos restrictiva; o si a pesar de ser menos restrictiva cumple en parte con el propósito perseguido o, aun cuando, cumple totalmente con dicho propósito, pero limita o perjudica otro derecho o interés público. En consecuencia, para el autor la ley, o la medida impuesta, es necesaria si una alternativa es menos restrictiva del derecho fundamental aunque sea más costosa³⁴².

En este sentido, aún queda en el aire la respuesta a la pregunta anteriormente planteada acerca de lo que el juez debe evaluar, la existencia concreta de medidas menos restrictivas o la mera posibilidad de que tales medidas existan.

³⁴¹ CHAILE, Roshan; "The Proportionality Principle and the Kable Doctrine: A New Test of Constitutional Invalidity?" en *Global Journal of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 163 - 193.

³⁴² BARAK, Aharon; "Proportionality" (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 738-755.

Para ello, se requiere determinar cómo debe hacer el juez para dirigir el análisis en este sentido.

Teniendo en cuenta que esta etapa del test se basa en la probabilidad de que las medidas establecidas por la norma realizarán el fin perseguido; en el entendido de que ya se superó la primera etapa, Barak³⁴³ opina que el análisis debería conducirse, dando respuesta a interrogantes tales como: ¿Cuál es el nivel de probabilidad requerido? ¿Cómo está determinado? ¿Se necesita el mismo nivel de probabilidad para cada derecho? ¿Cómo puede demostrarse la existencia de la probabilidad necesaria? Así, el autor afirma que se requiere que las medidas menos drásticas puedan cumplir el fin perseguido por la norma de la misma manera que las medidas establecidas por dicha norma. Indica que una diferencia marginal no es decisiva; lo que considera como una dificultad latente en este paso del test. Esto lo lleva a concluir que sólo si es posible realizar el fin perseguido por la norma a través de medidas menos drásticas, se otorga protección a los derechos fundamentales.

A su vez, Möller afirma que el análisis debe centrarse en valorar la existencia de medios menos restrictivos pero igualmente efectivos para conseguir el fin perseguido. El problema, en su opinión, consiste en que a menudo existe una política o medida alternativa menos restrictiva, que conlleva alguna desventaja. Así, distingue tres escenarios. Primero, la política o medida alternativa es menos restrictiva, pero no igualmente efectiva. En segundo lugar, es menos

³⁴³ BARAK, Aharon; "Proportional effect: the Israeli experience" en *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, 2007, pp. 369 – 382.

restrictiva pero requiere recursos adicionales. En tercer lugar, la opción menos restrictiva requiere imponer una carga a un tercero³⁴⁴.

Ahora bien, el autor explica que estructuralmente hay dos formas de tratar estos casos: pueden resolverse en la etapa de necesidad o en la etapa de ponderación. El autor señala que esta etapa puede considerarse el lugar apropiado para responder la pregunta: ¿si ante la existencia de una alternativa menos restrictiva, la más restrictiva es realmente necesaria? Así, considera que se podría concluir que la alternativa más restrictiva es de hecho necesaria porque la alternativa menos restrictiva implica un costo adicional y, por lo tanto, no puede considerarse igualmente efectiva. Ante este resultado, afirma entonces que el problema debe resolverse en la etapa de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto³⁴⁵.

De lo expuesto, se puede adelantar una escala de comparación de medios que puede utilizar el juez, la que va desde el logro del fin en parte o igualmente por la medida alternativa en relación con la medida escogida y que sea menos restrictiva, es decir que no imponga una carga adicional en el derecho reclamado u otro derecho, sin tener en cuenta el costo de implementarla.

Para Clérico la comparación de medios no implica encontrar el medio más adecuado técnicamente, sino el medio igual de adecuado, en su opinión alcanza con que la medida alternativa fomente el fin o fines tan bien como la establecida, no se requiere que sea la óptima entre las posibles³⁴⁶

³⁴⁴ MÖLLER, Kai; "Proportionality: challenging the critics" en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 709 – 731, ver pp. 713 – 715.

³⁴⁵ Cfr. MÖLLER, Kai; *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 194 – 199.

³⁴⁶ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver pp. 107 – 108. Al respecto la autora indica

Entonces cabe reflexionar respecto a dónde va a dirigirse la intensidad del análisis para determinar la falta de necesidad de la medida aplicada: sobre la realización del fin perseguido o la intensidad de la restricción del derecho o interés afectado.

Una respuesta bastante elocuente la da Clérico al realizar una clasificación de los casos que se pueden encontrar para precisar los límites de este análisis³⁴⁷. Así ofrece tres resultados: i) el medio alternativo restringe menos un principio iusfundamental o constitucional, por lo que la medida estatal no es proporcionada. Los denomina *candidatos positivos*. ii) el medio alternativo es igual o más restrictivo de un principio iusfundamental o constitucional, por lo que se debe hacer el análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Los denomina *candidatos negativos*. Y iii) el medio alternativo es igual o más restrictivo de un principio iusfundamental o constitucional, pero en otros sentidos menos que el medio escogido, por lo que no es posible obtener una

sobre los tipos de medios alternativos: “En sentido cuantitativo (más/igual/menos), cualitativo (mejor/igual de bien/peor) o en relación con la probabilidad (mayor/igual/menor) de que se logre el fin perseguido. En relación con el tipo de fines con los que el medio alternativo debe ser examinado en su adecuación técnica, en especial el fin principal, fin secundario, fin mediato o lejano, fin último, fin parcial”.

³⁴⁷ Clérico señala que en esta etapa se examina la restricción del derecho a través de un examen de comparación entre medios alternativos para determinar si la restricción al derecho afectado es excesiva, si pudo ser evitada o restringido en menor medida, a través de un medio alternativo menos lesivo. Para la autora este análisis se centra en la relación empírica entre la medida estatal y el derecho restringido. Indica que este examen supone: “(a) una relación de la medida estatal y el derecho o fin promovido, aunque más compleja ya que indica: más de un medio idóneo –sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. (b) La comparación es doble: los medios alternativos se comparan con la medida estatal implementada en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad), y –en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limitan al derecho). Respecto de la idoneidad de los medios alternativos, la autora indica que basta con que sean tan idóneos como la medida estatal implementada. Por lo que señala que no se re quiere éstos sean los más idóneos entre los posibles. Así, concluye que “se trata de una versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija que se exige como mínimo”. Cfr. CLÉRICO, Laura; “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación” en *Anuario de Filosofía del Derecho (XXXI)*, BOE, 2015, pp. 73 – 99, ver p. 82.

decisión y debe realizarse el análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Los denomina *candidatos neutrales*³⁴⁸.

En este contexto, la autora³⁴⁹ aclara que si se quiere implementar una regla generalizada para casos presentes y futuros se deberá tener en cuenta que como resultado de este examen no siempre se encontrará un medio alternativo menos restrictivo que el implementado. Asimismo, señala que existirán casos en que sea posible determinar que el medio escogido es menos lesivo “en promedio” para un número indeterminado de casos presentes y futuros; no obstante puede suceder que en casos concretos ese medio implementado que resulta menos gravoso “en promedio” no lo sea en particular. Así, se debe realizar el análisis para verificar cuál medio es menos lesivo en comparación con el establecido teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto. En definitiva, para la autora, independientemente de si se trata de casos claros o dudosos, el resultado de este análisis es crucial pues se convierte en una preestructura del análisis de proporcionalidad en sentido estricto debido a que se determina la intensidad de la restricción a un derecho fundamental por el medio escogido y se establece que ello pudo ser evitado al existir disponible un medio alternativo menos lesivo.

Como resultado, se puede afirmar que la búsqueda de medidas alternativas debe enfocarse en las medidas que se encuentren disponibles; es decir, el juez debe comparar medios de un universo de medidas ya existentes. Debido a que el juez no podría ni debería buscar por siempre todos los medios posibles que fueran menos gravosos, porque ello implicaría, que de alguna manera, ingrese

³⁴⁸ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver p. 118.

³⁴⁹ Ibidem, ver pp. 138 -142.

en una esfera que le corresponde solamente al legislador. Además, que si se centra en medidas posibles de existir (no concretas o reales) su análisis se convertiría en un pronóstico de algo que no existe.

Por consiguiente, la comparación de medios se centra en determinar su menor, igual o mayor lesividad, trasladándose la mayor intensidad del análisis a la restricción que provoca la medida respecto de la consecución del fin perseguido. Así pues, se debería preferir el medio que restrinja menos los derechos, conformándose con que cumpla el fin aunque sea en una menor o igual grado que el logrado por el medio escogido. Por lo que, es posible afirmar que el juez debe evaluar una combinación de efectividad de la medida, en otras palabras la capacidad mínima para lograr el fin perseguido, y la menor intensidad de la restricción que impone a un DF sin tener en cuenta el costo que ésta implicaría. Los autores citados coinciden en que un análisis más profundo no cabe en esta etapa sino que corresponde a la etapa de ponderación.

c) La ponderación o análisis de proporcionalidad en sentido estricto

Según lo afirmado por Alexy, la ponderación ayuda a determinar cuál de los dos intereses, que disfrutando de similar importancia, debe prevalecer en un caso concreto³⁵⁰. Por esta razón, este paso del test, en general, es considerado el más importante y, en mi opinión, el más complejo debido a que se requiere entender: ¿qué es lo que se debe ponderar? Una vez absuelta esta interrogante, se presentan otras, tales como: ¿cuál es el parámetro para medir o identificar el daño o vulneración sufrido por un derecho? ¿cuáles son los criterios para establecer el valor que le corresponde a cada derecho o interés

³⁵⁰ ALEXY, Robert. Ver cap sobre ponderación.

que se pondera? Estas son interrogantes que tratarán de ser resueltas al exponer las reflexiones de los doctrinarios que se citan a continuación.

En este sentido, Chaile considera que el análisis de proporcionalidad stricto sensu implica evaluar si la carga impuesta sobre el interés protegido es desproporcionada o supera los fines que se deben alcanzar. En palabras de este autor, se requiere que el menoscabo en el interés protegido y los motivos que justifican dicho deterioro sean proporcionales entre sí. Esto, en su opinión, no implica distinguir lo correcto de lo incorrecto, sino valorar la eficiencia y lo apropiado de la medida pertinente³⁵¹.

El objetivo de la ponderación, en palabras de Möller³⁵², es determinar cuál de los dos (o más) valores en juego tienen prioridad en las circunstancias concretas del caso. En otras palabras, opina que se debe plantear si la interferencia en el derecho se justifica a la luz de la ganancia en la protección del derecho o interés concurrente. Así pues, afirma que una de las características del análisis de proporcionalidad en general y la etapa de ponderación en particular es que los derechos no son diferenciados de los meros intereses o consideraciones políticas, por eso pueden y deben ser ponderados contra de ellos, en lugar de otorgarles alguna fuerza normativa especial que los haga total o parcialmente inmunes a dicha ponderación³⁵³.

³⁵¹ CHAILE, Roshan; "The Proportionality Principle and the Kable Doctrine: A New Test of Constitutional Invalidity?" en *Global Journal of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 163-193.

³⁵² Cfr. MÖLLER, Kai; "Proportionality: challenging the critics" en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 709 – 731. Ver pp. 715, 716.

³⁵³ MÖLLER, Kai; "Proportionality and rights inflation" en *Law, Society and Economy Working Papers* 17/2013, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2013, pp. 1 – 17, ver p. 6.

En este sentido Möller indica que existen al menos dos tipos de ponderación. (i) Ponderación de intereses: opera de acuerdo con un análisis costo-beneficio, pues se miden los derechos o intereses respectivos, colocándolos en un conjunto de escalas y se compara su peso. (ii) Ponderación como razonamiento: implica realizar un argumento moral sobre cuál de los intereses en competencia tiene prioridad en cada caso concreto, y este argumento moral puede o no proceder por medio de la ponderación de intereses (según el autor la ponderación de intereses es un tipo de razonamiento moral, pero no el único). Por ello, para el autor, en derecho constitucional la ponderación no corresponde necesariamente a la ponderación de intereses. Más bien, puede significar ponderar todas las consideraciones relevantes³⁵⁴.

Para Barak, la ponderación consiste en determinar el efecto nocivo sobre el derecho protegido, dicho de otro modo, examinar el beneficio versus el daño; lo que requiere colocar los valores e intereses en colisión y ponderarlos según su peso para evaluar si la gravedad del daño al individuo y su justificación son razonablemente proporcionales³⁵⁵. Así, señala que la decisión o medida estatal debe mantener un equilibrio razonable entre las necesidades colectivas y el daño individual. Dicha valoración, en su opinión, se realiza en el contexto de la estructura normativa general del sistema legal sin enfocarse en los medios para alcanzar el fin, debido a que se centra en los efectos nocivos sobre los derechos provenientes de la consecución del fin perseguido. En consecuencia, este autor reconoce que no todos los medios que tienen una conexión racional

³⁵⁴ Cfr. MÖLLER; *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Ver Capítulo 6 del libro, en específico pp. 137 -176.

³⁵⁵ Una opinión similar puede verse en GRIMM, Dieter; "The role of the fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany" en *International Journal of Constitutional Law* 13, Oxford University and New York University School of Law, 2015, pp. 9 – 29. Cfr. P. 19.

con el fin, aunque sean los menos drásticos, justifican la realización del fin. Por ello, concluye que los fines no justifican todos los medios porque existe un límite moral que la democracia no puede superar³⁵⁶.

Entonces, una posible respuesta a la interrogante sobre lo que se debe ponderar, se podría decir que son los derechos e intereses protegidos dentro de un sistema jurídico. Dado que, en el caso de las restricciones a los derechos fundamentales, éstas son permitidas dentro de ciertos parámetros, tales como proteger el orden y la moral públicos, la salud y la seguridad pública, los derechos de los demás; por consiguiente, se afirma que en estos casos específicos, será necesario ponderar los derechos o intereses individuales versus los colectivos a fin de determinar si la restricción es legítima y proporcionada respecto del fin perseguido (otro interés, bien o derecho), teniendo en cuenta todas las consideraciones relevantes en cada caso concreto.

Una vez identificados los intereses, bienes o derechos en conflicto, en este nivel el análisis no se enfoca en la legitimidad del fin ni en la idoneidad de la medida que lo logra, pues si llegamos a la ponderación quiere decir que esas dos etapas previas fueron superadas positivamente. El fin es legítimo y la medida escogida para lograrlo fue idónea y necesaria, y resultó ser la menos restrictiva. Entonces el análisis debe centrarse en el menoscabo que sufre un interés, bien o derecho para lograr el otro, de tal manera que la restricción de uno sea proporcionada para lograr el otro y así ser legítima; pues si no reúne estos requisitos, la restricción se convierte en una violación de un derecho fundamental.

³⁵⁶ BARAK, Aharon; "Proportional effect: the Israeli experience" en *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, 2007, pp. 369 – 382.

Respecto a las dos interrogantes restantes sobre el valor que recibe cada interés, bien o derecho para identificar si la restricción que beneficia a uno causó un daño que la convierte en violatoria del otro, Chaile y Barak opinan que el análisis se centra en valorar el daño que debe sufrir uno de los intereses, bienes o derechos para lograr que el otro prevalezca. No obstante, ambos discrepan respecto a lo que se debe valorar. Para Chaile es la efectividad de la medida empleada. Por el contrario, Barak considera que la valoración recae en las normas y el fin que persiguen sin importar las medidas, pues, en su opinión, las medidas son escogidas para lograr un fin, y es el logro de ese fin el que puede causar un daño no justificable o desproporcionado a un interés o derecho protegido. Según este autor la valoración se centra en el efecto nocivo que resulta de la consecución del fin perseguido por la norma.

Del mismo modo, Grimm considera que la ponderación reposa en la seriedad de la vulneración y la importancia o urgencia de los factores que la justifican. Es decir, se compara la pérdida ocasionada al derecho fundamental con la ganancia para el otro bien que goza de protección. Por ello, insiste en que la ponderación debe ser concreta, debido a que el análisis se centra en la profundidad con la que se infringe el derecho y la gravedad del peligro para el bien protegido por la ley; así como la probabilidad de que dicho peligro se materialice. Además, opina que se debe valorar el grado en que la ley impugnada protegerá el bien en función del grado de intrusión³⁵⁷.

Ahora bien, si la ponderación debe enfocarse en analizar el daño concreto o posible, y, especialmente, en la justificación de una restricción de derechos respecto al fin perseguido, queda entonces por determinar cuál sería el valor

³⁵⁷ GRIMM, Dieter; "Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence" en *University of Toronto Law Journal* 57, University of Toronto Press, 2007, pp. 383 – 397.

que guiaría este análisis a fin de evaluar las normas legales que determinan cuándo un propósito perseguido debe ser realizado a pesar de la restricción de derechos fundamentales. En vista de ello surge una de las principales críticas que se le hace a la ponderación, la apariencia de que no existe una escala única o común de valoración, o escala alguna que permita la comparación, para intereses, bienes o derechos que son considerados diferentes.

En cuanto a esto, Aleinikoff³⁵⁸ manifiesta que los intereses concurrentes no son por definición incomparables. Afirma que manzanas y naranjas pueden ser comparadas utilizando una escala para frutas o asignándoles un precio por kilo. En su opinión, el problema consiste en encontrar la escala necesaria para traducir el valor de los intereses concurrentes en una moneda común a modo de comparación. Advierte que la escala no puede representar simplemente las preferencias personales de quien la aplica a fin de que no se convierta en un acto arbitrario. Además, agrega que aplicar una escala personal minaría un sistema de precedentes y proporcionaría poca guía a los tribunales inferiores, legisladores, administradores, abogados y clientes.

Coincido con este autor en que el principal problema se encuentra en determinar la escala en base a la cual se hará la comparación de los intereses concurrentes. Así, señala que en su determinación se han considerado circunstancias históricas, el consenso social en la importancia de los derechos o intereses, asignar un valor a los mismos en función de su contribución al logro de metas constitucionales o no constitucionales³⁵⁹. Pese a ello, el autor concluye que no se ha logrado desarrollar una escala común para valorar todos

³⁵⁸ Cfr. ALEINIKOFF, Alexander; "Constitutional law in the age of balancing" en *The Yale Law Journal* 96, The Yale Law Journal Company 1987, pp. 943 – 1005, ver pp. 972 – 983.

³⁵⁹ O convencionales tratándose de los sistemas supranacionales de protección de derechos humanos, como el SEDH y SIDH, que son el objeto de la presente investigación.

los intereses de manera general, aunque reconoce que algunos tribunales emplean el análisis de costo – beneficio, considera que no es posible extraer una escala común de evaluación³⁶⁰.

Del mismo modo, Barak señala que no existe consenso en relación a la esencia atribuible a dichas normas (en referencia a la valoración de normas que imponen restricciones); y en este sentido ensaya una solución a la problemática indicada, al afirmar que éstas deben centrarse en la ponderación de la importancia social del beneficio obtenido al realizar el fin perseguido (proteger derechos o promover interés públicos) por un lado; y por el otro, la importancia social de evitar las restricciones a los derechos fundamentales³⁶¹.

Conviene resaltar que ambos autores señalan que la tan buscada escala de valores que guiaría la ponderación sería la importancia social que se atribuye al fin perseguido por una norma. Este fin puede implicar que se beneficie un interés social en detrimento o restricción de un derecho, estando ambos protegidos dentro un sistema jurídico que, siempre y cuando, no sea desproporcionado justifica una restricción legítima sin violar un derecho.

En este sentido, Barak³⁶² recuerda que en la ponderación desarrollada por Alexy se tiene en cuenta que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer al otro. Así, afirma que su enfoque difiere del de Alexy debido a que éste no toma en

³⁶⁰ Cfr. ALENIKOFF, Alexander; "Constitutional law in the age of balancing" en *The Yale Law Journal* 96, The Yale Law Journal Company 1987, pp. 943 – 1005, ver pp. 972 – 983.

³⁶¹ BARAK, Aharon; "Proportionality" (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 738-755. En el mismo sentido Cfr. COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "American balancing and German proportionality: the historical origins" en *International Journal of Constitutional Law* 8, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 263 – 286.

³⁶² BARAK, Aharon; "Proportionality" (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 738-755, ver p. 746.

cuenta la importancia del derecho limitado, solamente el grado de limitación. Por el contrario, para Barak la ponderación debe considerar no solamente el grado de limitación sino también la importancia del propósito perseguido y la importancia del derecho. El autor resalta que de este modo se concede voz a la perspectiva social sobre la importancia marginal del propósito social perseguido por la ley (su esencia y probabilidad de realización) y la importancia social de evitar la restricción de un derecho que la sociedad quiere proteger.

Según Barak no todos los fines que busca una ley tienen la misma importancia social. Cuando el fin es proteger un derecho, el beneficio social depende de la importancia del derecho protegido. Cuando el fin es la protección de un interés público, el beneficio social depende de la importancia de lograr el fin. Para medir esta importancia social, al igual que Aleinikoff, el autor señala que se debe tomar en cuenta la historia del Estado, las ideologías socio políticas, la estructura gubernamental y el compromiso con los valores democráticos existentes en una determinada sociedad; lo que vale decir que, se debe ver a la sociedad y su estructura normativa como un todo y la importancia que en su seno se otorga a los derechos y los intereses colectivos. Así, señala que la importancia social de evitar una limitación a un derecho se encuentra influenciada por la extensión y el alcance de la limitación. La severidad de la misma también tiene que ver con la importancia social de evitarla. Limitar o restringir un solo derecho no es lo mismo que limitar varios. Una limitación que se aproxima al núcleo de un derecho no es lo mismo que una que lo afecta sólo en la periferia. Una limitación permanente no es lo mismo que una temporal; y

finalmente indica que una limitación muy probable de producirse no significa lo mismo que aquella cuya probabilidad de realización es más remota³⁶³.

Entonces, aparte de la importancia social que se debe atribuir al interés, bien o derecho que se quiere proteger en restricción de otro, se agrega la importancia de mantener o preservar el contenido esencial de ambos. Más aún, si lo dicho por los dos autores ayuda a descartar la idea de que es imposible determinar una escala común para realizar el análisis en este nivel, toda vez que, de sus reflexiones se puede señalar que la tan buscada escala común puede centrarse en la importancia social de los derechos que se enfrentan en la ponderación, así como la preservación de su contenido esencial para determinar si la restricción que protege a uno no viola al otro. Entonces, la cuestión radica en determinar si es mejor establecer una escala o estándar general de valoración para todos los casos o, una que simplemente sea efectiva para cada caso similar.

Respecto a establecer estándares de valoración, Aleinikoff señala que existen dos opciones en la ponderación: establecer reglas que puedan emplearse en casos futuros a fin de que no se vuelvan a ponderar los intereses (ponderación “por de definición”)³⁶⁴, pese a que promete mucha más certeza que la que exige una valoración en cada caso (ponderación “ad hoc”), no resulta ser una panacea, debido a que cualquier ganancia en la certeza que proporciona viene a costa de una coherencia reducida. Pues, en su opinión, nuevas situaciones presentan nuevos intereses a valorar y diferentes pesos a tener en cuenta para los “viejos” intereses. Así, considera que al realizarse una nueva ponderación,

³⁶³ BARAK, Aharon; “Proportionality” (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, pp. 745 – 746.

³⁶⁴ En el artículo anteriormente citado Aleinikoff hace referencia dos tipos de *balancing*: el denominado *definitional balancing* y *ad hoc balancing*.

entonces cada caso se convierte en uno de ponderación "ad hoc", estableciendo una regla sólo para ese caso concreto.

Dicho de otro modo, para este autor el resultado de la ponderación no permitiría establecer una escala o estándares de valoración que se pudieran aplicar a un universo general de casos, sino que el resultado de la ponderación solamente serviría para un caso en concreto. En su opinión la escala de valoración que se podría determinar no surte efectos para todos los casos debido a que cada nuevo caso puede incluir circunstancias o contextos diferentes que pueden hacer que el resultado de la ponderación sea diferente. Así, surge otra de las críticas que se hace a la ponderación, que no contribuye a la seguridad jurídica, pues no es posible establecer reglas que se tengan como precedentes que deberían aplicarse a casos similares.

En cuanto a la imposibilidad de establecer, a través de la ponderación, reglas que se puedan aplicar de forma general, Clérico en su obra afirma la posibilidad concreta de establecer una ponderación orientada por reglas. Lo que significa que al resolverse un caso de conflicto de derechos, ese resultado de la ponderación puede convertirse en lo que denomina una *regla-resultado*³⁶⁵ que puede ser usado para casos similares. Así, en palabras de la autora, una *regla-resultado* de la ponderación puede llegar a ser universalizable al ser aplicable para la solución de un nuevo caso. Para que esto suceda, nos indica que se deben reunir ciertos requisitos, tales como: que las condiciones del antecedente de la *regla-resultado* de la ponderación y las circunstancias del

³⁶⁵ Las cursivas son mías a fin de resaltar la postura de Laura Clérico, con la que concuerdo, sobre la posibilidad concreta de establecer reglas en la ponderación aplicables a casos futuros.

(nuevo) caso concreto se puedan justificar como iguales o similares para que se pueda aplicar la *regla-resultado* de una ponderación anterior³⁶⁶.

Su propuesta se basa en la reconstrucción de la práctica argumentativa en el derecho constitucional. Para la autora en esta etapa del análisis se debe realizar una dogmática crítica de la intensidad de las restricciones a los derechos y la importancia de su satisfacción. Por ello, indica que se requiere el uso de una metodología de aplicación de los derechos con tres elementos: “a) el discurso jurisprudencial concreto sobre resolución de conflictos de derechos, b) la dogmática constitucional sobre teoría de los derechos, c) las herramientas argumentativas que surgen de los avances que se dan en la teoría del derecho. En su opinión, la combinación de estos tres elementos permite reconstruir (críticamente) las reglas que orientan a la ponderación. Así pues, la autora defiende la tesis de que la ponderación contiene las reglas enunciadas y su uso permite determinar una “previsibilidad procedimental a la práctica argumentativa de la ponderación”³⁶⁷.

En este contexto, Clérico indica que ante toda colisión de derechos no se debe siempre ponderar, pues si ya existe una *regla-resultado* de una ponderación anterior se debe analizar si el nuevo caso se puede subsumir en ese antecedente, si ello es posible, la autora señala que no es necesario volver a ponderar, debido a que el precedente de la *regla-resultado* se aplica a este nuevo caso³⁶⁸. Esta vinculación de aplicación de la *regla-resultado* de

³⁶⁶ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver p. 182.

³⁶⁷ CLÉRICO, Laura; “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación” en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXI), BOE, 2015, pp. 73 – 99, ver p. 89.

³⁶⁸ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver p. 182. Ver Capítulo 3, I parte, apartado 2.3, pp. 180 – 195.

ponderaciones anteriores aplicable a casos futuros, en su opinión limita la discrecionalidad del intérprete³⁶⁹.

Respecto a lo expresado por Aleinikoff sobre las nuevas circunstancias que pueden surgir en cada caso que harían poco probable que se establecieran escalas de valoración o reglas generales para diferentes casos, lo que lleva siempre a la realización de una ponderación ad hoc que contiene solamente reglas particulares. No obstante, la afirmación de que se pueden extraer reglas particulares no implica que éstas no puedan convertirse en universalizables, de lo contrario no sería posible extraer reglas en ningún sentido.

En este contexto, Clérico acepta que en circunstancias determinadas se puede producir una diferencia en la valoración: “un principio puede ganar peso frente a otro”, pues, el cambio de circunstancias afecta y cambia la relación de prioridad. La autora afirma que “el peso del principio depende de las circunstancias del caso”, por lo que se deben ponderar todas las circunstancias del mismo. Según Clérico todo esto implica un tema de comparación y justificabilidad, en las que se debe tener en consideración las circunstancias del nuevo caso al analizar las similitudes y diferencias de ambos. Si las circunstancias del nuevo caso son similares se las tratará de igual forma y se aplicará la *regla-resultado*. Si no es así, no es posible su aplicación. Al respecto, la autora resalta que es necesario que el intérprete justifique a través de la argumentación jurídica tanto la aplicación de la *regla-resultado* como su negativa. Agrega que el énfasis se encuentra en el procedimiento de justificación de la decisión que se tome, al cual se aplican nuevamente reglas que provienen de la teoría de la argumentación jurídica. En este sentido

³⁶⁹ Ibidem. Ver Capítulo 3, I parte, apartado 2.3, pp. 180 – 195.

considera que la racionalidad de la ponderación se ve de forma clara en la “medida en que la justificación de proposiciones sobre la intensidad de la restricción y la importancia de las razones justificatorias pueda realizarse a través de criterios generales y de la aplicación de los correspondientes puntos de vista, *independientes del juicio de la ponderación que pretende solucionar la colisión en el caso concreto*”³⁷⁰.

Como se puede ver, el enunciado de una regla debe tener un punto de partida, debe provenir de un caso, y debe poder repetirse su aplicación a casos similares. Se debe tener presente que así como las circunstancias pueden variar de un caso a otro, las reglas también pueden variar en función de estos cambios. Dicho cambio en una regla no significa que la regla particular no se pueda convertir en una regla general, pues pueden surgir casos similares posteriores a este nuevo caso, a los cuales se deberá aplicar esta nueva regla, y al suceder esto, esa nueva regla se universalizará. Lo mismo sucedió en su momento con la regla que ya se aplica de forma general (la que no pudo aplicarse al nuevo caso por tener circunstancias distintas) tuvo que iniciarse en algún momento, fue en su origen una regla particular que ante la sucesión constante de casos similares se volvió general.

Por ello, Clérico resalta que la ponderación no se realiza en todos los casos, que no todo en el Derecho se reduce a ponderar, pues sí es posible determinar reglas y precedentes que pueden ser utilizados en el futuro³⁷¹. Así, la autora reafirma su tesis de que la ponderación contiene reglas y su uso permite determinar una “previsibilidad procedimental a la práctica argumentativa de la

³⁷⁰ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, ver p. 182. Ver Capítulo 3, I parte, apartado 2.3, p. 177, 292.

³⁷¹ Ibidem. Ver Capítulo 3, IV, conclusiones, p. 315.

ponderación”. Del mismo modo, indica que “a través de las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye con el correr del tiempo una red de puntos de vista concretos y reglas para la aplicación del respectivo derecho fundamental”³⁷².

Es decir que, este modelo en el cual se acepta que la ponderación tiene reglas, no implica que se trate de una sola regla, se refiere a una constelación de reglas que se aplicarán a la diversidad de casos que se presenten, lo que Clérico denomina la “red de *reglas-resultado*”. Así, se constituiría un sistema de precedentes que guiarían al juez en su análisis para determinar el interés, bien o derecho que debe prevalecer en cada caso, lo que no implica que ante las particularidades de cada caso el juez quede eximido de su labor fundamental de justificar su decisión.

Conviene resaltar, como lo hace Clérico que la orientación de la ponderación a reglas no evade el desafío argumentativo. Lo que viene dado argumentativamente (mandatos de consideración que hablan del peso abstracto y de la intensidad en abstracto de la restricción, satisfacción) es desafiado por las nuevas circunstancias del caso (peso concreto e intensidad de restricción en concreto), pues en su opinión “así se excluye la aceptación de un orden de valores (constitucionales) definitivo, cerrado y *a priori*” que llevaría a lo que denomina la “petrificación” de la red de *reglas-resultado*. Si bien es cierto que su tesis de la ponderación orientada por reglas, dentro de una práctica constante y generalizada, contribuye a generar coherencia y seguridad jurídica en un sistema; no obstante, no implica solamente la repetición

³⁷² CLÉRICO, Laura; “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación” en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXI), BOE, 2015, pp. 73 – 99, ver p. 89.

constante de los precedentes, de forma irreflexiva, “por acostumbramiento” o de “citas en cadena”, pues considera que el valor de citar precedentes depende de que ello le permita al juez realizar el ejercicio argumentativo de comparación y justificación con su jurisprudencia anterior. Lo que, en sus palabras supone que el juez vuelve a realizar una interpretación que justifique la aplicación o no de una *regla-resultado*, teniendo en consideración las similitudes o divergencias de las circunstancias del caso. Así reafirma la importancia de que el juez realice una interpretación dogmática y argumentativa que contenga críticas y justificaciones de la solución adoptada para, de este modo, debilitar la “petrificación” de la red³⁷³; lo que vale decir que, la autora asume que en el universo de *reglas-resultado* de la ponderación es necesaria una apertura que considere nuevas circunstancias y por ende nuevas reglas.

En este sentido, la tesis de la ponderación orientada por reglas acepta los cambios que el Derecho debe considerar cuando cambian las circunstancias en las que se deben proteger los derechos. Ello coincide con las bases principales de la dogmática de los derechos humanos, su interpretación debe ser “viva”, abierta y adaptarse a las diversas circunstancias que en la realidad se producen y así poder seguir ofreciendo soluciones a dichas situaciones. La protección de los derechos debe soportar los cambios que se producen en la realidad. Lo que también se aplica al sistema de precedentes o reglas jurisprudenciales preexistentes, pues éstas no están grabadas en piedra a tinta indeleble, deben poder adaptarse a las nuevas situaciones que la protección de los derechos fundamentales enfrenta cada día.

³⁷³ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, pp. 177, 288 – 293.

El sistema de precedentes en el Derecho acepta la revocación, distinción de circunstancias y el cambio de un precedente o regla³⁷⁴, lo que evita la fosilización del Derecho (la “petrificación” de la red de *reglas-resultado*), si éste puede ir a la par de los cambios sociales, de su evolución, su interpretación también debe seguir la misma dirección.

Como se ha dicho, no existe nada negativo en modificar o crear nuevas reglas, lo que resulta perjudicial en la configuración de la tan ansiada escala de valoración o de un sistema de reglas en la ponderación es, como lo señala Aleinikoff, que el tribunal no indique de forma precisa los valores asignados a cada interés concurrente, es decir que, se identifican los intereses y se proclama un ganador, pero el tribunal no devela o devela mínimamente la discusión sobre los estándares de valoración empleados para explicar la decisión tomada³⁷⁵.

En cuanto a ello, Clérico señala que las diversas formulaciones sobre este análisis no indican los “criterios” para determinar la proporcionalidad, la desproporcionalidad o la no desproporcionalidad de una medida estatal, por lo que, afirma que esto se conoce al realizar un análisis de la argumentación que realiza el tribunal que posteriormente la dogmática puede trabajar en términos reconstructivos y críticos como reglas de ponderación³⁷⁶.

Su tesis de la ponderación orientada por reglas se basa en la reconstrucción que se puede hacer de la argumentación que realiza el juez para hacer

³⁷⁴ Se debe recordar que los precedentes pueden ser cambiados con técnicas como el *overruling*, *distinguishing* o *reversing*.

³⁷⁵ Cfr. ALEINIKOFF, Alexander; “Constitutional law in the age of balancing” en *The Yale Law Journal* 96, The Yale Law Journal Company 1987, pp. 943 – 1005. Ver específicamente pp. 972 – 983.

³⁷⁶ CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, p. 172.

prevalecer un interés o derecho en determinadas circunstancias, de esta forma afirma que se pueden reconstruir y establecer las *reglas-resultado* que se puedan aplicar a casos similares. Así, el problema no surge de la ponderación sino que proviene del intérprete jurídico que no explica o argumenta mínimamente las razones de su decisión. Pese a ello, la reconstrucción para obtener reglas puede ser posible, puesto que lo que se busca es eliminar la tan criticada subjetividad del juez en la solución de este tipo de casos. En definitiva, lo que salva a la ponderación de esta feroz crítica es el ejercicio argumentativo que realice el juez, que constituye uno de los pilares de su labor, la fundamentación de las resoluciones judiciales es una obligación que constituye la esencia misma del Poder judicial y que contribuye a la seguridad y coherencia de un sistema jurídico. Es por lo tanto el intérprete, no la técnica la que debe ser culpada si hay una falta de argumentación que no permita establecer reglas o escalas o estándares.

Por ello, Clérico enfatiza que “al final del día no queda otra que argumentar”, pues el juez tiene siempre que argumentar su resolución, no puede evadir esta obligación. En razón de ello, la autora considera que su postura conecta con la tesis de Alexy sobre la teoría de la argumentación jurídica. La diferencia radica, en su opinión, en que ella señala que la discusión sobre la catalogación en los grados de intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en las prácticas constitucionales está orientada por reglas. Considera que no se trata simplemente de “dar piedra libre a la argumentación jurídica”, pues, en sus palabras, se gana en determinación si el análisis se enfoca en la reconstrucción crítica de las reglas que surgen de la práctica de resolución de conflictos de

derechos³⁷⁷. Por lo tanto, afirma que al construir una red de *reglas-resultado* es posible disipar la tan alegada discrecionalidad o subjetividad del juez, que constituye una de las principales y recurrentes críticas a la ponderación, así este modelo contribuye a la realización de una seguridad jurídica procedimental³⁷⁸.

En otras palabras, Clérico defiende que la ponderación no es irracional, pues su estructura es racional, con reglas a seguir, basada en la argumentación jurídica. Se pierde la subjetividad del intérprete o del juez si al ponderar utiliza las reglas de jurisprudencia existentes, las teorías sobre el contenido de los derechos y soporta todo ello utilizando la técnica de argumentación jurídica. Todo lo enunciado tiene reglas a seguir, por lo que el juez tiene a su disposición un bagaje ofrecido por el Derecho.

En este sentido, se puede afirmar que la subjetividad es suprimida, que el criterio del juez al ponderar es guiado por todas las herramientas que el Derecho le brinda. El Derecho no está integrado sólo por leyes, también por la interpretación jurisprudencial y dogmática, este razonamiento no es vacío, pues debe seguir además las reglas propias de la argumentación jurídica. Existe un camino señalado para que la decisión judicial sea explicada, a través de argumentos que muestren su justificación, lo que en definitiva proporciona coherencia al análisis.

³⁷⁷ CLÉRICO, Laura; "Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación" en *Anuario de Filosofía del Derecho (XXXI)*, BOE, 2015, pp. 93 – 95.

³⁷⁸ Al respecto la autora expresa que es posible construir una red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales que con el paso del tiempo y en el marco de una práctica constitucional estable tiende a una suerte de fijación y aun de petrificación de sus contenidos. Sin embargo puede tener algunas ventajas, ya que en tanto promueva continuidad y estabilidad de la práctica constitucional posibilita prever las soluciones de las colisiones iusfundamentales. Así, la red gana en confianza. A su vez, debilita la objeción en contra de los resultados de las ponderaciones iusfundamentales en términos de disminución del principio de seguridad jurídica. CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009, pp. 192 – 193.

Ensayando una respuesta de qué es lo que se debe utilizar como parámetro para ponderar³⁷⁹

Cada sistema debe implementar sus propias reglas de ponderación. La apertura del sistema es beneficiosa, pues los cambios de tendencias jurisprudenciales no son negativos, especialmente si éstos favorecen la interpretación viva y evolutiva de los derechos fundamentales. La creación de reglas de ponderación no implica la determinación de jerarquías entre los derechos que influyeran los resultados en cada caso, por ello, es favorable que el parámetro sea abierto y se concentre en analizar la importancia del bien, interés o derecho que se quiere favorecer en virtud de la intensidad de los efectos nocivos que ello produce en el otro bien, interés o derecho que también debe protegerse.

En definitiva, no se debe olvidar que el análisis de proporcionalidad evoca la imagen de una balanza en la que ambos interés o derechos en conflicto deben estar equilibrados, para lo que se requiere que ambos fines sean legítimos, contengan propósitos adecuados; el favorecimiento de uno que provoca una restricción en el otro sea proporcionada; de esta forma se mantiene entonces la balanza en equilibrio debido a que la intensidad de dicha restricción no se convierte en violatoria de un derecho.

³⁷⁹ Barak refiere: "The constitutional dialectic is as follows: human rights and the limitations on them derive from the same source. They reflect the same values. Human rights can be limited, but there are limits to the limitations. The role of the judge in a democracy is to preserve both of these limitations. Judges must ensure the security and existence of the state as well as the realization of human rights; they must determine and protect the integrity of the proper balance." BARAK, Aharon; "Proportional effect: the Israeli experience" en *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, 2007, pp. 369 – 382.

III. Problemática relacionada a la aplicación del principio de proporcionalidad

Actualmente es bastante conocido que el análisis de proporcionalidad es aplicado en diferentes Sistemas jurídicos, al igual que por los Tribunales supranacionales de derechos humanos como criterio para analizar la imposición de restricciones a los derechos. Aun cuando esta investigación se centra a nivel de los Tribunales supranacionales, no se puede dejar de hacer el estudio de la aplicación de este criterio a nivel constitucional, el cual, en principio, constituye el origen de su procedencia.

A continuación se hará una breve referencia a las críticas más recurrentes que se hacen al principio de proporcionalidad. Para ello se ha seleccionado un grupo de autores que critican y defienden este principio desde el punto de vista constitucional. No obstante, tanto la aplicación del principio a nivel constitucional como sus críticas desde el mismo universo son perfectamente transferibles al contexto internacional, pues todo lo aquí recopilado será utilizado para analizar la jurisprudencia respecto a las restricciones o limitaciones que se pueden imponer a los derechos fundamentales proveniente de los tribunales internacionales seleccionados para esta investigación, a saber el TEDH y la CorteIDH.

En este contexto, este apartado concentra las tres principales críticas que se le hacen al principio de proporcionalidad, especialmente a la ponderación, en primer lugar se hace referencia a la subjetividad judicial que permite este principio (1); posteriormente se trata la cuestionada falta de una valoración común o inconmensurabilidad (2); luego se aborda la crítica que cuestiona la racionalidad de este principio (3); y finalmente, no se puede terminar este

capítulo sin expresar mis reflexiones personales acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad (4).

1. El principio de proporcionalidad se desvanece en la subjetividad judicial

En pocas palabras, la crítica se centra en el contrapunto que podría ocasionar la aplicación del análisis de proporcionalidad entre legislador y juez. Se considera que las decisiones judiciales contienen apreciaciones subjetivas que de alguna manera interfieren con las decisiones adoptadas por el legislador legítimamente a través del proceso democrático. Ello, implica la distorsión del principio de división de poderes que es uno de los pilares del Estado de Derecho, por lo que se cuestiona la legitimidad de los Tribunales Constitucionales³⁸⁰, lo que puede hacerse extensivo a los Tribunales supranacionales.

Respecto a quién le corresponde determinar el marco de referencia para hacer la valoración de derechos e intereses al analizar la legitimidad de una restricción de derechos fundamentales, Cohen-Eliya y Porat consideran, en primer lugar, que el análisis de proporcionalidad parece ser casi inseparable de la formulación de políticas públicas, función asignada al legislador, lo que infringiría la idea de separación de poderes. En segundo lugar, para ellos, se presenta también un problema desde la perspectiva de la concepción de los derechos como triunfos (trumps), lo que oscurecería la distinción entre derechos e intereses y permitiría que los derechos sean más fácilmente

³⁸⁰ Cfr. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel; “¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?” en *Doxa Nº 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Alicante, Alicante, 1988, pp. 107 – 138, ver p. 135 – 138. Cfr. ALENIKOFF, Alexander; “Constitutional law in the age of balancing” en *The Yale Law Journal* 96, The Yale Law Journal Company 1987, pp. 943 – 1005, ver p.984.

dejados de lado para satisfacer intereses estatales, lo que, en su opinión, se traduciría en límites más débiles al poder del Estado. En tercer lugar, señalan que la ponderación judicial menoscaba el valor de la neutralidad, ya que conlleva evaluaciones sustantivas de los valores por parte de un tribunal, así como decisiones sobre la resolución apropiada de conflictos entre valores³⁸¹.

Como se puede observar, los autores resaltan la crítica recurrente que se hace al principio de proporcionalidad, específicamente, el tercer paso del test, la ponderación es la que daría lugar a que el juez despliegue una inmensa subjetividad que puede enfrentar al Poder legislativo y al Poder judicial; o dicho de otra manera, que hace borrosa la línea divisoria entre las atribuciones de uno y otro.

En vista de ello, coincido con lo afirmado por Möller sobre las diferencias que se pueden encontrar entre la revisión judicial basada en la proporcionalidad y el diseño de políticas públicas o medidas, o la toma de decisiones ejecutivas. Primero, se refiere a la revisión (en lugar de al diseño o la realización) de la política o decisión original; y en segundo lugar, se interesa en lo razonable (en lugar de lo correcto) de la decisión original. Para el autor este último punto es de gran importancia, debido a que cuando los tribunales aplican el test de proporcionalidad, no preguntan si la decisión original es correcta (la mejor decisión posible o la única respuesta correcta). Es decir que, siguiendo los argumentos de Möller, un tribunal se centra en valorar la legitimidad, idoneidad o necesidad de una determinada medida o política pública que restrinja

³⁸¹ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law", en *San Diego Law Review* 46, School of Law, University of San Diego, 2009, p. 398.

derechos para determinar si es proporcionada³⁸²; pues si esto es así, entonces dicha medida no viola un derecho fundamental.

En concreto, la revisión judicial no debe o no va a centrarse en la calidad de la decisión adoptada por el Estado, sino que se va a enfocar en aplicar el test y a través de cada paso determinará si la medida aplicada es legítima y proporcionada. Con esto claro, se puede afirmar que no importa si el parámetro viene de la norma o de criterios judiciales previamente establecidos; en otras palabras no importa si el marco de referencia viene dado por el Poder legislativo o por el Poder judicial, lo importante es que tal marco exista, sin importar si proviene de uno u otro y que pueda guiar al juez en su labor.

Para paliar las críticas enunciadas, se requiere definir qué es lo razonable, idóneo o necesario, legítimo, proporcionado; lo que vale decir que se establezca el parámetro de valoración, ya sea que se tenga como punto de referencia la norma o la jurisprudencia. Al respecto, Bernal³⁸³ indica que una parte de la crítica doctrinal denomina a este problema como una falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad. Subraya que la crítica considera que esta falta hace que el principio resulte ambiguo, vacío, ajeno a la dogmática, críptico, pues no establece qué es lo proporcionado ni lo desproporcionado. Así pues, sintetiza la crítica señalando que el temor principal es que se deja al juez que aplica el principio un amplísimo horizonte para desplegar su subjetividad³⁸⁴ y con ello se amenaza también la seguridad

³⁸² MÖLLER, Kai; "Proportionality: challenging the critics" en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and New York University School of Law, 2010, p. 726.

³⁸³ BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 172 – 173.

³⁸⁴

jurídica, pues no sería posible anticipar las decisiones en ningún tipo de casos, ni siquiera en los similares.

En cuanto a la problemática enunciada, Möller considera que los jueces deben poner en la balanza, tratando de ser lo más precisos posible, los intereses en juego, y luego decidir, dependiendo en parte de su intuición, de qué manera se debe inclinar dicha balanza. Entonces, señala que sería ideal que fuera posible contar con las intuiciones específicas respecto a ciertos casos y plasmarlas en una teoría general de ponderación viable; lo que sería un importante avance para el derecho constitucional. No obstante, concluye que mientras tal teoría no exista, se continúa razonando sobre los derechos en base, en cierta medida, a las intuiciones. Así pues, el autor señala que la función del juez es principalmente evaluar si la política o medida es una respuesta razonable al problema social en cuestión, sin decidir si finalmente es la mejor política o medida posible. Su trabajo es hacer preguntas, presionar al Estado para justificar sus acciones y evaluar la verosimilitud de las razones dadas³⁸⁵.

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad no indica los parámetros dentro de los cuáles se debe atribuir el valor a cada derecho o interés en juego, no obstante, proporciona una guía para el razonamiento que debe seguir el juez en la adjudicación de derechos. Aun así, aunque pueda ser considerado solamente como una estructura, no es una estructura vacía, pues es posible encontrar un marco de referencia que guíe al juez en la valoración que debe realizar. Dicho marco de referencia puede provenir precisamente de las interpretaciones que los tribunales hayan realizado en casos anteriores de

³⁸⁵ MÖLLER, Kai; "Proportionality: challenging the critics" en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and Ney York University School of Law, 2010, pp. 709 – 731, ver p. 730.

restricciones a los DF. Por supuesto que en cada caso las medidas cuestionadas no serán las mismas, ni los derechos e intereses en conflicto. Pese a ello, la aplicación constante del principio permite extraer ciertos patrones o parámetros que puedan ayudar en casos futuros.

A su vez, Bernal afirma, para superar las críticas, que el principio de proporcionalidad es un procedimiento argumentativo que permite reconstruir el análisis realizado en cada subprincipio o paso del test. Resalta que para tener claro lo que se debe hacer al aplicarlo, ayuda mucho su uso común de parte de la doctrina y la jurisprudencia de forma consistente, pues así su aplicación se hace comprensible para todos. Ésta es, en su opinión, su mayor virtud, debido a que si los criterios estructurales no son suficientes para garantizar que la fundamentación de las normas adscritas se haga correctamente, considera que su aplicación será la garantía de corrección si los criterios materiales no ayudan a solucionar un caso concreto. Así, subraya que la manera de dotar de significado al test se puede realizar gracias a la recopilación sistemática que se puede efectuar de su aplicación práctica por los tribunales y por la doctrina especializada³⁸⁶. Coincide en ello con lo expresado por Alexy por Clérico³⁸⁷

La labor del juez de determinar la intensidad de la intervención en el DF y el grado de satisfacción del principio contrario, como lo manifiesta Alexy debe contener razones plausibles que las respalden. Los estándares son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas por los precedentes. Para el autor sólo se justifica hablar de estándares si el sentido de la decisión proviniera

³⁸⁶ BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 174 – 176.

³⁸⁷ Ver la parte en la que se enuncia la postura de Clérico sobre la ponderación y la posibilidad de reconstruir una red de *reglas-resultados*.

únicamente de la existencia de una línea de precedentes. En su opinión, la aplicación irreflexiva se daría si dicha aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque subraya que son los argumentos los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones³⁸⁸.

La subjetividad del juez quizás pueda no ser evitada completamente, no obstante es posible evitar el desvanecimiento del análisis de proporcionalidad en dicha subjetividad al ser controlada por la guía que ofrece el propio test de proporcionalidad en el razonamiento y argumentación que el juez debe seguir. Además se debe recordar que el juez está vinculado por el principio del debido proceso a explicar el razonamiento que lo lleva a emitir un determinado fallo en cualquier caso, no solamente en los casos de conflictos de derechos. Esta es una garantía de protección de los derechos fundamentales. Por ello, la valoración que realiza el juez está guiada en todos los casos por el Derecho, por los precedentes jurisprudenciales y por la argumentación jurídica a través de la cual debe explicar las razones que lo motivan a emitir una decisión en un determinado sentido.

Así pues, la subjetividad del juez se encuentra domesticada por la guía que el Derecho le impone al realizar la valoración de las situaciones puestas a su jurisdicción en todos los casos. En los conflictos de derechos, el principio de proporcionalidad se convierte en la estructura a través de la cual el juez construye todos sus argumentos, constituye el soporte de todo el razonamiento jurídico que tiene que expresar para explicar la motivación de su decisión. Argumentar, motivar las decisiones son deberes que constituyen la esencia de

³⁸⁸ ALEXY, Robert; "La Fórmula del Peso" en CARBONEL, Miguel (Coor.); *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2015, pp. 1 – 26, ver p. 8.

la función judicial. El principio de proporcionalidad no libera al juez de ese deber. Por consiguiente necesita guías y referencias para cumplir dicha función, y evitar dejarse llevar por sus creencias personales: No está sólo en su tarea, debe utilizar el Derecho, los precedentes, los principios de argumentación jurídica, la dogmática de los derechos fundamentales.

En este sentido, la crítica defiende que en otras ramas del Derecho, el juez obtiene la referencia de su razonamiento de la guía que le proporciona la norma. Lo cual evita que despliegue su subjetividad. Si en el análisis de proporcionalidad el punto de referencia del que tanto se habla proviniera de la norma para guiar la valoración que debe hacer el juez de cada derecho e interés en juego en un caso concreto, no obstante, en el caso específico de las restricciones a los derechos fundamentales podría resultar peligroso.

Como ya ha sido señalado al inicio de este apartado, los derechos restringibles están correctamente determinados y las causas de restricción están enunciadas taxativamente: seguridad, salud, orden público, derecho de los demás. Imagínese que esos parámetros de restricción tengan a la vez un marco de referencia a través del cual se deba valorar los derechos e intereses públicos en conflicto. Dicho en otras palabras, si por ley se establecieran las conductas que pueden ser consideradas como intereses dentro del parámetro seguridad, salud, orden público, derecho de los demás como más importantes que los DF, se establecería una jerarquía inamovible que el juez tendría que utilizar para valorar cada caso.

Esto sería peligroso porque ya se sabría en cada caso lo que debe prevalecer, cual derecho sobre otro derecho o el interés público, con lo que se corre el riesgo de que una medida restrictiva vulnere un derecho para dar preferencia a

otro derecho o a un interés que desde la norma ya traería la etiqueta de “proporcionado”, sustrayéndose a la revisión judicial que es necesaria en una sociedad democrática.

Además, ello implicaría que los derechos pierdan fuerza ante el Estado, pues éste desde el diseño de la norma determinaría los derechos e intereses que deben prevalecer. Otro riesgo sería que en los casos que no se adecúen al mencionado punto de referencia establecido por la norma, no serían considerados como restricciones, y serían permitidas sin considerarse tampoco vulneraciones a los DF, lo que desprotegería muchísimo más a los mismos.

El hecho de que la norma no contenga parámetros taxativos o cerrados de valoración de derechos e intereses para guiar el análisis de proporcionalidad, no significa que permita que el juez despliegue su subjetividad. Se considera que no se debería igualar subjetividad a la discrecionalidad de la que goza el juez para efectuar la tarea de vía revisión judicial. Del mismo modo, dicha discrecionalidad judicial en el ejercicio de sus funciones no puede ser considerado al cien por ciento como una usurpación de funciones al Poder legislativo de parte del Poder judicial. La separación de poderes no implica la no supervisión de los actos de unos y otros. De hecho, en temas de derechos fundamentales la revisión judicial se convierte en la principal herramienta de defensa que tiene la persona frente a su Estado, porque le permite cuestionar sus decisiones, o cuestionar las normas que no sean acordes a los principios constitucionales o las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

En este contexto, es conveniente preguntarse ¿por qué no podrían seguir actuando de forma coordinada?, en otras palabras, porque no podrían seguir actuando como hasta ahora, lo que vale decir que, los derechos restringibles,

no absolutos, y los requisitos para restringirlos tienen como punto de referencia la norma, y el parámetro de valoración atribuible a los derechos e intereses se deja a la revisión judicial y a la doctrina especializada en cada caso en concreto, sin que tenga que establecerse una escala métrica para cada uno, cuando se sabe que en temas de derechos fundamentales cada caso no es completamente similar a otro.

Ciertamente, se requiere que la discrecionalidad del juez no sea ilimitada, para ello, se debe utilizar la estructura del test como guía en el análisis y sobre todo se requiere que el juez sea claro en su argumentación a fin de que su razonamiento al decidir un caso pueda ser reconstruido a través de la argumentación jurídica empleada y de ahí obtener el punto de referencia que ayude a determinar las soluciones que se pueden atribuir en casos futuros a situaciones similares, para así sentar una red de precedentes que pueda ser utilizada en casos similares.

En definitiva, se considera que la subjetividad del juez puede estar presente en todas las situaciones sometidas a su jurisdicción, no solamente en lo referente a conflictos de derechos; no obstante, ésta puede ser “domesticada”, siempre y cuando el juez se mantenga fiel a su deber de argumentar para explicar las razones de su decisión, para cumplir su función de decir el Derecho e interpretarlo dentro del marco que el mismo Derecho le marca. La omisión de este deber puede darse todas las situaciones sometidas a su jurisdicción, no solamente en lo referente a conflictos de derechos; por lo que dicha omisión no puede ser de ninguna manera atribuida al análisis de proporcionalidad.

2. El principio de proporcionalidad compara valores inconmensurables

Como bien se sabe, en las restricciones a los derechos fundamentales se produce un conflicto entre derechos, o entre derechos e intereses individuales y públicos, es decir, entre derechos individuales y colectivos. Los parámetros de restricción se encuentran regulados en los tratados internacionales que se han escogido para comentar en esta investigación. En ambos se ha dispuesto que se aplique el principio de proporcionalidad para analizar si una restricción es legítima y proporcionada; y, en consecuencia, no se convierta en una vulneración a un derecho fundamental.

Así pues, la normativa que estipula la aplicación del análisis de proporcionalidad se encuentra identificada de forma precisa, por cuanto, corresponde determinar, en cada caso, cuál es el derecho e interés que debe prevalecer para justificar la intervención en el otro; en otras palabras, establecer el valor que se atribuirá a cada uno para decidir si la restricción no es una intervención vulneradora de un derecho o interés. No obstante, la objeción de la inconmensurabilidad plantea que en tales casos se comparan o “ponen en la balanza” derechos o intereses que no son unos mejores que otros y que no tienen el mismo valor³⁸⁹, por lo que no pueden ser comparados.

Se afirma que no es posible elegir racionalmente entre derechos, o entre éstos y otros intereses si no es posible equipararlos con un valor común, o no es posible medirlos con una misma escala de valoración que justifique la elección racional de unos sobre otros³⁹⁰. Lo que en palabras de Veal³⁹¹ implica que la

³⁸⁹ Cfr. RAZ, Joseph; *The morality of freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p.322.

³⁹⁰ En este sentido Cfr. FINNIS, John; “Natural Law and Legal Reasoning”, en GEORGE, Robert (ed.); *Natural law theory, contemporary essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 146, 151. FINNIS, John; “Commensuration and Public Reason” en CHANG, Ruth (ed.); *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press,

inconmensurabilidad es la irreductibilidad de los valores plurales a un valor único³⁹². Por lo que, según esta objeción, la elección de preferencia que se determine puede resultar arbitraria³⁹³.

Al respecto, Scharffs opina que la conmensurabilidad entre dos valores u opciones no está establecida por la existencia de alguna métrica común entre los dos; por el contrario, para el autor la conmensurabilidad requiere que lo que hace que cada opción sea digna o atractiva se pueda medir en términos de algún valor común o conjunto de valores³⁹⁴. Según este autor determinar si dos opciones son inconmensurables dependerá del contexto de elección, lo que muestra a través del siguiente ejemplo: si se busca determinar el peso de las cosas, un libro y una persona serán claramente conmensurables, ya que el

Cambridge, 1997, pp. 215 - 233. ENDICOTT, Timothy; *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, ver capítulos 3.5 y 7.3. ALEINIKOFF, Alexander; "Constitutional Law in the Age of Balancing", en *Yale Law Journal* 96, New Haven, 1987, p. 972. ZUCCA, Lorenzo; *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2007, pp. 55-60 y 85-86. TSAKYRAKIS, Stavros; "Proportionality: an assault on human rights?" en *International Journal of Constitutional Law* 7, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Oxford, 2009, p. 471. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012, ver capítulo 3. WEBBER, Grégoire; "Proportionality, Balancing, and the cult of constitutional rights scholarship" en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 23, Facultad de Derecho, Universidad de Ontario Occidental, Londres, Ontario, 2010, p. 194.

³⁹¹ VEEL, Paul-Erik; "Incommensurability, proportionality, and rational legal decision-making" en *Law & Ethics Human Rights*, 4, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 178 – 228, ver p. 182.

³⁹² Se recuerda lo afirmado por el Juez Scalia: "The scale analogy is not really appropriate, since the interests in both sites are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy". Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, Caso Bendix Autolite contra Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888, Sentencia de 17 de junio de 1988, parágrafo 897. En el mismo sentido se cita a SCHAUER, Frederick; "Commensurability and Its Constitutional Consequences", en *Hastings Law Journal* 45, UC Hastings College of the Law, 1994, pp. 785 - 812. Ver pp. 785, 787. "no one contends that length and weight can be reduced to a single measure, any more than people contend that color and smell can be measured along a unitary metric."

³⁹³ Al respecto cabe recordar la famosa expresión del Juez Antonin Scalia en su opinión disidente en el caso Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, emitido por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1988: "The scale analogy is not really appropriate since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy" Del mismo modo, sobre la arbitrariedad de la decisión que implica comparar valores inconmensurables Cfr. HABERMAS, Jürgen; *Between Facts and Norms*, MIT Press, Cambridge, 1996, p. 259.

³⁹⁴ Cfr. SCHARFFS, Brett; "Adjudication and the Problems of Incommensurability" en *William & Mary Law Review*, 42, William & Mary Law School, Williamsburg, 2001, pp. 1367 – 1435, ver p. 1391. Cfr. WIGGINS, David; *Needs, values, truth*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 359.

valor común del peso captura toda la información que es relevante para el problema de elección. Por el contrario, en otros contextos de elección, un libro y una persona pueden ser inconmensurables³⁹⁵.

En el mismo sentido, Veel considera que la cuestión de si las opciones son conmensurables depende, por lo tanto, del motivo por el cual se comparan esas opciones. Ilustra su afirmación con el ejemplo de medida de la longitud de dos objetos diferentes, la longitud de uno puede aparecer en pies y la del otro en metros, opciones que representan instancias del mismo valor, como 2.3 pies y 1.7 metros, son conmensurables y hacen referencia al valor longitud³⁹⁶. Para el autor la solución posible es realizar la comparación a través de una característica común.

En este contexto, Aleinikoff³⁹⁷ opina que el problema no consiste solamente en encontrar la escala necesaria para traducir el valor de los intereses concurrentes en una moneda común a modo de comparación. Advierte que el peligro de encontrar esa medida común, que no cree que exista, radica en que no puede representar simplemente las preferencias personales de quien la aplica a fin de que no se convierta en un acto arbitrario. Además, agrega que aplicar una escala personal minaría un sistema de precedentes y proporcionaría poca guía a los tribunales inferiores, legisladores, administradores, abogados y clientes; por lo que, en su opinión, ello reafirmaría la existencia de la subjetividad judicial en la decisión.

³⁹⁵ Cfr. SCHARFFS, Brett; "Adjudication and the Problems of Incommensurability" en *William & Mary Law Review*, 42, William & Mary Law School, Williamsburg, 2001, pp. 1367 – 1435, ver p. 1391.

³⁹⁶ Cfr. VEEL, Paul-Erik; "Incommensurability, proportionality, and rational legal decision-making" en *Law & Ethics Human Rights*, 4, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 178 – 228, ver p. 181.

³⁹⁷ Cfr. ALEINIKOFF, Alexander; "Constitutional law in the age of balancing" en *The Yale Law Journal* 96, The Yale Law Journal Company 1987, pp. 943 – 1005, ver pp. 972 - 983.

Así, la crítica de la inconmensurabilidad en el análisis de proporcionalidad se centra mayormente en la tercera etapa del test, en la ponderación y rechaza vivamente la posibilidad de que se pueda encontrar una medida única para la adjudicación de derechos como el peso, la longitud o el precio como se expresó en los ejemplos anteriores. Lo que lleva a Tsakyrakis a afirmar que si se dispusiera de una escala común no se requeriría realizar la ponderación³⁹⁸.

Ahora bien, si todo se reduce a afirmar que la adjudicación de derechos se da en el marco de derechos diferentes unos de otros, pues no tienen las mismas características que puedan dar lugar a una medida o escala única de comparación para hacer una elección racional, entonces quiere decir que el juez tiene completamente “atadas las manos” y simplemente no debe decidir porque su decisión será siempre irracional, si esto es realmente verdadero, significaría aceptar que ningún conflicto de derechos, que son siempre inconmensurables, podría ser solucionado.

Para Chapman³⁹⁹ inconmensurabilidad no implica no poder decidir. Dicha afirmación es simplemente falsa, pues considera que es posible hacer una elección racionalmente justificable de una alternativa sobre otra sin que exista (en algo más que un sentido trivial) algún respeto particular por el que una única alternativa sea mejor que la otra. En su opinión, la comparabilidad de las elecciones, y la posibilidad de decidir entre ellas, no implica ninguna conmensurabilidad de los valores expresados en esas elecciones. Por lo que afirma que cualquier comparación de la satisfacción proporcional de dos

³⁹⁸ TSAKYRAKIS, Stavros; “Proportionality: an assault on human rights?” en *International Journal of Constitutional Law* 7, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Oxford, 2009, pp. 468 – 493, ver pp. 471 - 472.

³⁹⁹ CHAPMAN, Bruce; “Incommensurability, proportionality, and defeasibility” en *Law, Probability and Risk* 12, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 259–274, ver p. 262.

valores diferentes será completamente invariante a los cambios en cualquier medida de conmensurabilidad, lo que indica la insensibilidad de la comparación o la falta de dependencia de tales medidas para hacer una elección racional. Explica su razonamiento a través de la siguiente analogía: supone la existencia de dos barriles, los que han sido drenados de un tercio del agua que los llenaba, es decir lo que llama, un drenaje proporcional igual. Dicha acción no dice nada acerca de cuánta agua se extrajo de cada barril, pues se necesitaría saber algo sobre el tamaño relativo, o la conmensurabilidad, de los dos barriles. Si uno era dos veces más grande que el otro, un drenaje proporcional equitativo significaría el doble de pérdida de agua de uno de los barriles. Si el otro era el doble de pequeño, entonces la mitad se habría perdido. Sin embargo, saber esto de una manera u otra no haría nada para alterar el hecho de que los barriles sufrieron un drenaje proporcional igual. La medida del impacto proporcional resulta invariable (o insensible a, no depende de) para tales medidas de conmensurabilidad. Con esta analogía Chapman subraya que se puede asegurar medidas de estos impactos proporcionales en diferentes valores, y compararlos a través de los valores, sin asumir nada sobre la conmensurabilidad de los valores en sí mismos. Lo que para el autor no implica que asegurar esas medidas de proporcionalidad sea algo fácil de hacer.

Al respecto, Barak concuerda con la doctrina general en que para ponderar valores inconmensurables se necesita un común denominador; no obstante considera que no tiene que ser cuantitativo, pues, en su opinión, solamente basta con que exista para evaluar el resultado de dicha ponderación⁴⁰⁰. Así, el autor responde a la crítica sobre la ponderación de valores inconmensurables,

⁴⁰⁰ BARAK, Aharon; *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 483, 484.

afirmando que existe una base común para la comparación, a saber, la importancia social marginal. A través de esta base de medida común, en su opinión, se debe analizar la proporcionalidad entre el beneficio social de alcanzar el objetivo legítimo y el daño causado al derecho fundamental⁴⁰¹.

Entonces, la cuestión radica en encontrar una escala común que permita medir esos valores (dos derechos fundamentales, o un DF y el interés público) que no son iguales para poder hacer una elección de preferencia racional y razonada de uno sobre otro en circunstancias determinadas. El ejemplo de los barriles, es el que más se acerca para ejemplificar mi razonamiento sobre la inconmensurabilidad. Éstos no son iguales, aunque se trate de barriles llenos de agua, cada uno tiene distintos niveles de agua, es decir un peso distinto, no obstante, la extracción de la misma cantidad de agua se convierte en la medida a través de la que pueden ser comparados, pues se les ha quitado algo. El impacto es el mismo aunque ambos tengan pesos diferentes, por lo que la extracción de agua resulta proporcionada. Lo mismo sucede en la adjudicación de derechos, o de intereses y derechos, en conflicto. Un derecho, o un interés, puede ser restringido para que el otro pueda tener mayor satisfacción. Así, la medida común comparable al ejemplo de la extracción de agua es la restricción permitida en un derecho o interés para favorecer al otro, respetando los parámetros de restricción que han sido regulados en los dos tratados, el orden público, la salud pública, los derechos de los demás, entre otros.

Ahora bien, si la medida común es la restricción, entonces, el análisis de comparación va a centrarse en la intensidad, en el impacto que produce dicha

⁴⁰¹ BARAK, Aharon; "Proportionality and Principled Balancing" en *Law & Ethics of Human Rights* 4, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 1 – 20, ver pp. 1 - 6

restricción en un DF o interés para que se logre la satisfacción del otro⁴⁰². Aquí se evoca la ley de ponderación enunciada por Alexy: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁰³. De acuerdo a ello, Bernal enuncia la estructura de la argumentación que debe seguirse en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto en tres pasos: (i) determinar la importancia de la intervención en el DF y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa; (ii) comparar dichas magnitudes para determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; (iii) establecer una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo con base en la comparación efectuada en el segundo paso⁴⁰⁴.

Para medir la intensidad de la restricción se debe analizar la medida estatal implementada para restringir un DF o un interés con el objetivo legítimo de lograr la satisfacción de otro DF o interés, lo que Bernal denomina la afectación negativa y la afectación positiva de la intervención del Legislador⁴⁰⁵; sin que la referida interferencia se convierta en violatoria de uno o de ambos derechos o intereses.

⁴⁰² Si retomamos el ejemplo de los barriles, sería el impacto que provoca la extracción de agua.

⁴⁰³ ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 87.

⁴⁰⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 759. Cfr. ALEXY, Robert; “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 13 - 64, ver p. 32.

⁴⁰⁵ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 760.

Al determinar la importancia de la intervención en el DF y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa (i), se debe tener en cuenta la importancia que uno de los derechos o intereses en conflicto puede tener en circunstancias determinadas. Aquí debe tenerse cuidado de no considerar el peso abstracto de los derechos o intereses que colisionaron en el caso, pues éstos en sentido abstracto tienen el mismo peso. Los derechos fundamentales no tienen jerarquías, están en una posición de igualdad horizontal en su doble dimensión, individual y colectiva, las cuales en determinadas circunstancias pueden colisionar. Por ello, las restricciones permitidas determinan los parámetros en los que se pueden imponer medidas restrictivas a unos para favorecer a otros con el fin de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás⁴⁰⁶. Así pues, la referencia en este análisis es normativa, pero también debe incluir las circunstancias también empíricas de cada situación, como se explica a continuación.

Cabe recordar que la configuración de los derechos fundamentales establece el núcleo o contenido esencial de cada derecho, así como todas aquellas conductas que se han establecido y se van incorporando con la evolución de la sociedad misma y el desarrollo del Derecho. En esta configuración interviene el Estado a nivel supranacional, pues los contenidos de los derechos se determinan por consenso de éstos y son incorporados a nivel interno a través de las Constituciones políticas de cada sistema jurídico. Además, la configuración de dichos derechos se nutre de la interpretación jurisprudencial y

⁴⁰⁶ Conforme lo disponen los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH y los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH.

doctrinal que se realice, la misma que debe ser “viva” para ir acorde a los cambios sociales y pro persona.

Ahora bien, para analizar la importancia de la intervención y de la realización del objetivo perseguido, se debe tener en cuenta las conductas de cada derecho o interés en conflicto, a fin de determinar si éstas se acercan más al contenido esencial o la periferia del derecho para medir el impacto que la medida estatal tiene en uno o en otro. Lo que vale decir, si ésta tiene un impacto negativo en la periferia, cerca al contenido esencial o directamente en el contenido esencial de un derecho en conflicto con otro o con un interés público. Además, si tiene un impacto positivo en la periferia, cerca al contenido esencial o directamente en el contenido esencial de un derecho en conflicto con otro, o si promueve positivamente un interés público en conflicto con un derecho.

En este contexto, Barak opina que se debe medir la importancia social marginal obtenida por la protección de un derecho y la importancia social marginal que se gana al prevenir el daño a otro. Cuando se trata del interés público frente a un DF, la comparación es entre la importancia social marginal de los beneficios obtenidos al promover el interés público y la importancia social marginal de los beneficios obtenidos al prevenir el daño al derecho⁴⁰⁷.

Del mismo modo, Bernal expresa que los criterios que determinan la referida importancia (que él denomina fundamentalidad) de la posición y el fin relevante en cada caso, depende de las circunstancias específicas en que éste tenga lugar, de la tradición y de la moral de la sociedad reflejada en la dogmática de

⁴⁰⁷ BARAK, Aharon; *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 483, 484.

los derechos fundamentales para la realización de las capacidades de la persona en una sociedad democrática⁴⁰⁸, que protejan la satisfacción de sus necesidades humanas relacionadas con su vida y autonomía en el marco de un Estado constitucional y democrático⁴⁰⁹.

En este análisis se debe tener en cuenta el contenido esencial y configuración del derecho que se quiere proteger o restringir frente al otro derecho, o frente al interés público sumado a la interpretación jurisprudencial y doctrinal que se haya efectuado sobre el contenido esencial y sobre las conductas que se van incorporando a la periferia del mismo⁴¹⁰, así como los principios que inspiran la protección de los derechos fundamentales, como la protección de la persona, la salvaguarda de la democracia y del Estado constitucional de Derecho, variables empíricas que se extraerán de la circunstancias específicas de cada caso⁴¹¹. Ello, debido a que no es lo mismo tener en conflicto dos derechos individuales como por ejemplo la libertad de expresión de una persona frente al honor de otra, pues se trata de una esfera privada, o de intereses individuales; que tener en conflicto la libertad de expresión de un periodista frente al honor de un funcionario público, donde la afectación sobre pasa la esfera individual

⁴⁰⁸ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 764.

⁴⁰⁹ “La fundamentalidad concierne al objeto de los derechos. En los derechos humanos se trata de la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Un interés o una necesidad es fundamental, cuando su violación o su no satisfacción significa, bien la muerte o padecimiento grave, o bien toca el núcleo esencial de la autonomía. Entre la fundamentalidad de los derechos humanos y su validez moral hay una conexión, pero las dos cosas no son idénticas. La conexión resulta de que un derecho, mientras más fácil pueda ser justificado frente a todos, es más fundamental.” ALEXY, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” en *Derechos y Libertades 8*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 21 – 42, ver p. 28.

⁴¹⁰ Conforme refiere Alexy: “De esta forma, se puede distinguir un núcleo de los derechos humanos que en su centro se vuelve crecientemente más insensible frente a la historia y un marco, que al alejarse del centro, se hace en medida creciente susceptible a las variaciones históricas.” ALEXY, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” en *Derechos y Libertades 8*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 21 – 42, ver p. 29.

⁴¹¹ Como la dignidad o la libertad personal. Cfr. Clérico y Bernal

para implicar intereses colectivos. Cada una de estas situaciones se acerca o se aleja del contenido esencial del derecho, lo cual ha sido determinado normativamente, y por interpretación, teniendo en cuenta la importancia social de cada derecho y los principios de democracia y Estado constitucional de Derecho que se quieren preservar.

A todas estas variables que ayudan a determinar la importancia de un derecho o de un interés en cada caso, se agregan otros criterios empíricos respecto a la medida empleada por el Estado, tales como: la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración con que la intervención legislativa afecte negativamente a uno o a otro para conseguir la realización del fin perseguido (impacto positivo en el otro derecho o interés) en los mismos niveles. Simultáneamente, todas estas variables que ayudan a determinar la importancia o la fundamentalidad de un derecho o interés en cada caso, sirven para determinar la intensidad de la intervención y la intensidad de la realización de un derecho o interés en conflicto.

Las posibles combinaciones de importancia de un derecho o interés (A) sobre otro derecho o interés (B) que se pueden dar de acuerdo a las circunstancias concretas del caso podrían ser:

- A tiene importancia alta frente a la importancia alta de B.
- A tiene importancia media frente a la importancia alta de B.
- A tiene importancia leve frente a la importancia alta de B.
- A tiene importancia alta frente a la importancia media de B.
- A tiene importancia media frente a la importancia media de B.
- A tiene importancia leve frente a la importancia media de B.

- A tiene importancia alta frente a la importancia leve de B.
- A tiene importancia media frente a la importancia leve de B.
- A tiene importancia leve frente a la importancia leve de B.

En cuanto a la comparación de las magnitudes de cada derecho o interés en conflicto (ii), en la segunda parte del análisis corresponde centrarse en la intensidad que tiene la restricción para lograr la realización del fin perseguido, lo cual se realiza a través del impacto que produce la medida empleada. Lo que en otras palabras, significa que la importancia de lograr el fin legítimo debe justificar la intensidad de la intervención efectuada.

La medida de la intensidad de la restricción para lograr la realización del fin legítimo puede valorarse utilizando la escala triádica propuesta por Alexy con los niveles de leve, medio y grave⁴¹². Obviamente el juez puede tener una escala de intensidad diferente con una graduación más amplia que ésta; no obstante, siempre será de menor a mayor. Del lado de la satisfacción o realización del objetivo legítimo perseguido, que es proteger otro derecho o interés, la escala también puede ser triádica respecto de la importancia que puede ser de leve, media y alta (es una cuestión de lenguaje, pero podría ser también, mínima, media y máxima), o tener otros niveles de satisfacción que van igualmente de mayor a menor.

Todos estos niveles de intensidad pueden ser medidos usando como guía las variables mencionadas en la parte de la determinación de la importancia de cada derecho interés en juego (i), aunadas a los criterios de eficacia, rapidez y

⁴¹² Para Alexy las intensidades de la restricción son concretas de acuerdo a las circunstancias del caso que sean relevantes para llegar a una decisión. ALEXY, Robert; "La fórmula del peso" en CARBONELL, Miguel (Coord); *Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2015, pp. 1 – 26, ver p. 10.

probabilidad de las medidas empleadas. Así pues, estos criterios son de gran ayuda para determinar la intensidad, pues una restricción actual es más intensa que una restricción futura; el logro inmediato del fin perseguido significa una realización mayor que si éste se logra en el futuro; la posibilidad de restricción es menos intensa que la restricción directa; si la restricción es temporal es menos grave que si se trata de una restricción permanente⁴¹³.

La medida de la intensidad puede dar lugar a diversas combinaciones, tales como:

- (i) Intervención grave en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es alta o máxima.
- (ii) Intervención media en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es alta o máxima.
- (iii) Intervención leve en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es alta o máxima.
- (iv) Intervención grave en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es media.
- (v) Intervención media en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es media.
- (vi) Intervención leve en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es media.

⁴¹³ Al respecto Bernal indica que estas variables y el grado que a cada una se le atribuya en los casos concretos depende de los conocimientos científicos y dogmáticos existentes en la sociedad en cada momento histórico. Por esta razón considera imposible enunciar un criterio general de aplicación inmutables para cada situación concreta, de modo que se pueda llegar siempre a una única respuesta correcta. Por ello, afirma que en cada situación de hecho la valoración se da a través de la argumentación propia del principio de proporcionalidad en sentido estricto a fin de que la decisión sea racional. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 773 - 779.

- (vii) Intervención grave en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es leve.
- (viii) Intervención media en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es leve.
- (ix) Intervención leve en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es leve.

La determinación de la importancia de un derecho o interés sobre otro se combina con los grados de intensidad de la restricción de uno para lograr la satisfacción del otro. Lo que da origen a otra serie de combinaciones a fin de llegar a obtener la medida más proporcionada que logre una restricción de un derecho o interés que no se convierta en violatoria para lograr la satisfacción del otro derecho o interés. La elección en cada caso, deberá apoyarse, además de las combinaciones planteadas en función de la eficacia, rapidez y probabilidad de la medida, o la posibilidad de encontrar otras medidas más idóneas que puedan lograr la mayor realización de un derecho o interés a través de la menor restricción del otro.

En concreto, las razones que conduzcan tanto a la determinación de la importancia de un derecho o interés sobre otro como a los grados de intensidad en la restricción de un derecho o interés para lograr la mayor realización del otro que resulte proporcionada deberán ser explicadas a través de la argumentación del juez a fin de que se justifique de forma racional la elección realizada y ésta pueda ser reconstruida para ser utilizada en casos futuros similares.

Todo lo hasta aquí enunciado se puede resumir en la siguiente tabla:

Nivel de importancia de un derecho o interés frente al otro	Nivel de intensidad de la restricción de un derecho o interés frente a la realización del otro	Elección de la opción que puede resultar la más proporcionada para lograr el objetivo legítimo perseguido
A tiene importancia alta frente a la importancia alta de B		
A tiene importancia media frente a la importancia alta de B	(i) Intervención grave en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es alta o máxima.	La elección en cada caso se determinará en función de la eficacia, rapidez y probabilidad de la medida, o la posibilidad de encontrar otras medidas más idóneas que puedan lograr la mayor realización de un derecho o interés a través de la menor restricción del otro.
A tiene importancia leve frente a la importancia alta de B	(ii) Intervención media en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es alta o máxima.	
A tiene importancia alta frente a la importancia media de B	(iii) Intervención leve en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es alta o máxima.	
A tiene importancia media frente a la importancia media de B	(iv) Intervención grave en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es media.	
A tiene importancia leve frente a la importancia media de B	(v) Intervención media en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es media.	
A tiene importancia alta frente a la importancia leve de B	(vi) Intervención leve en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es media.	
A tiene importancia media frente a la importancia leve de B	(vii) Intervención grave en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es leve.	
A tiene importancia leve frente a la importancia leve de B	(viii) Intervención media en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es leve.	
A tiene importancia alta frente a la importancia leve de B	(ix) Intervención leve en un derecho o interés logra la protección del otro interés o derecho es leve.	

importancia leve de B		
A tiene importancia leve frente a la importancia leve de B		

Para determinar la proporcionalidad de la restricción, el ideal sería que siempre la intensidad de la intervención fuera leve y lograra la máxima realización del fin perseguido. No obstante, en la realidad eso no sucede. Definitivamente, no debería tenerse por proporcionada en sentido estricto una medida de protección leve o media de un derecho o interés que restringiera con mucha gravedad el otro derecho o interés. Si la realización del fin perseguido solamente alcanzara el nivel medio o leve debería esperarse que la intensidad de la restricción fuera media o leve. Al darse de forma equivalente las mismas intensidades en la realización y la restricción: media – media o leve – leve, se tendría que la medida impuesta por el Legislador es proporcionada. Aun cuando, se podría decir que si el juez determina la existencia de alguna otra medida real, inmediata y más eficaz que pudiera lograr el mismo resultado con una restricción leve, se debería declarar no proporcionada a la medida que produce las intensidades idénticas, no obstante, esta posibilidad real tendría que ser determinada y evaluada a la luz de las circunstancias concretas del caso, no siempre se dará esta opción.

Así, ante una realización leve, sin que exista otra medida que pudiera lograr un nivel más alto de realización del fin perseguido debería esperarse que la intensidad de la intervención fuera leve también, pues de ser incluso media no

alcanzaría para justificar de forma racional dicha intervención y tendría que ser declarada desproporcionada.

Esta reflexión aunada a los criterios expuestos en la columna tercera de la tabla ayudan a determinar las intensidades tanto de realización del objetivo como de la restricción.

En cada caso se deben combinar los criterios normativos y empíricos – mencionados brevemente aquí– para valorar las intensidades de realización y restricción, no obstante el juez tiene que elegir cuidadosamente los criterios empíricos en los que debe apoyarse, no todos aportan algo siempre. Lo que vale decir, que tiene que elegir lo que va a ponderar, no todos los criterios son necesarios en la ponderación para determinar las intensidades. Lo que no puede dejar de hacer en ningún caso es justificar a través de la argumentación su razonamiento para elegir o desechar algunos de ellos.

En este proceso la analogía que podría utilizarse es la siguiente: los criterios normativos y empíricos equivalen a los ladrillos que forman a un edificio y la argumentación que justifica cada elección es el concreto que los une y “sostiene” toda la edificación. Para realizar la comparación el juez debe identificar los criterios realmente decisivos para la valoración de intensidades de realización y de restricción entre derechos o intereses concurrentes, luego tiene que considerar la jurisprudencia que exista al respecto, las soluciones a casos anteriores que sean aplicables al caso concreto⁴¹⁴ y justificar su aplicación a través de la argumentación. Cuando se haya identificado la escala en casos determinados, y se tenga determinada la red de reglas-resultado no

⁴¹⁴ Lo que Clérico denomina la red de reglas-resultado de ponderaciones anteriores que puedan ser aplicables, como se explicó en la parte referente a la ponderación.

será necesario ponderar pues la relación de precedencia habrá sido determinada y debe utilizarse el resultado de ponderaciones efectuadas anteriormente. Es decir se debe utilizar para dar solución al caso la relación de precedencia determinada anteriormente en casos similares entre los derechos o interese en concurrencia. Del mismo modo, si considera la inaplicabilidad de precedentes anteriores debe justificar su apartamiento de ellos. Cada elección sobre las intensidades Tanto de realización como de restricción debe ser justificada por razones a través de la argumentación.

Todo lo enunciado no constituye, en palabras de Bernal, una fórmula matemática que proporcione siempre el resultado exacto. El análisis de proporcionalidad constituye la estructura y los elementos que guíen el razonamiento que el juez debe justificar a través de la argumentación, sin argumentación se pierde la racionalidad, más no por la esencia del principio de proporcionalidad sino por una falta del intérprete del Derecho. No es por causa del método sino por causa de quien lo aplica.

Como ha sido dicho, en respuesta a la crítica sobre la inconmensurabilidad de los valores en concurrencia y la imposibilidad de comparación entre ellos, sí existe un marco o moneda común que es la restricción de un valor para lograr la realización del otro, la medida de comparación se materializa⁴¹⁵ a través de la medición de los distintos grados de las intensidades que se necesitan en la restricción de uno para lograr la realización del otro, todo esto siempre

⁴¹⁵ Al respecto se afirma que la inconmensurabilidad favorece la ponderación, así lo expresa Griffin: "Commensurability is the result, rather than the precondition, of practical deliberation". Cfr. GRIFFIN, James; "Incommensurability: What's the Problem?" en CHANG, Ruth (ed.); *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Estados Unidos, 1997, p. 151.

justificado a través de una argumentación jurídica⁴¹⁶ correcta que permita reconstruir las relaciones de preferencia de un derecho o interés sobre otro que ayuden a la reconstrucción del razonamiento empleado para construir una red de precedentes que contribuyan a la seguridad jurídica.

3. El principio de proporcionalidad carece de racionalidad

Las críticas hasta ahora enunciadas respecto a la subjetividad del juez y la inconmensurabilidad que existe en la ponderación son dos caras de una misma moneda que llevan a la doctrina a cuestionar la racionalidad del análisis de proporcionalidad. Esta se considera la principal crítica que se le hace debido a que al tratar de comparar valores inconmensurables se despliega una amplia subjetividad judicial que no permite predecir los resultados, pues el análisis se hace para cada caso en concreto, con lo cual se afirma que su resultado atenta contra la certeza, seguridad jurídica y, en consecuencia, la coherencia que se debe proporcionar en el Derecho, especialmente en la adjudicación de derechos fundamentales⁴¹⁷.

Como ya se sabe el análisis de proporcionalidad se utiliza cuando se presentan conflictos entre derechos o entre éstos y otros intereses públicos –en el caso específico de esta investigación se hace referencia a los conflictos producidos ante una restricción legalmente impuesta– en razón de lo cual, autores como Böckenförde⁴¹⁸ señala que la norma constitucional (ni los tratados de derechos humanos, se podría agregar a las palabras del referido autor) no establece un orden jerárquico, causa por la que el principio de proporcionalidad confiere un

⁴¹⁶ Como siempre lo refiere Alexy ver el artículo en el libro azul

⁴¹⁷ Autores que digan lo mismo

⁴¹⁸ BÖCKENFORDE, E. W.; *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley fundamental en Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden – Baden 1993, pp. 124 – 125.

amplio margen de actuación, pues se le atribuye al juez la competencia de determinar cuáles bienes jurídicos son más importantes que otros en cada caso concreto; lo que en sus palabras podría significar la posibilidad de decidir qué es lo que se considera justo en una sociedad.

Acerca de lo dicho, el autor afirma que el principio de proporcionalidad no es un criterio objetivo y racional para resolver las colisiones de derechos, y, además, no cuenta con referencia alguna de parte de la norma que ayude a resolverlas. Dicho de otra manera, según Böckenförde la norma no indica al juez un marco de referencia para ayudarlo a determinar el valor que debe atribuir a cada derecho o interés en conflicto.

En este contexto, el autor considera que una solución podría ser que la tarea de establecer el marco para resolver los conflictos recaiga en el legislador, de tal manera que éste aporte una solución desde la norma, que pueda ser seguida por el juez; lo que equivale a decir que sea la norma la que sirva de punto de referencia para la interpretación judicial, o que, si la norma ofrece una solución a las contradicciones, no sea necesaria la intervención judicial. Entonces, podría decirse que el análisis de proporcionalidad se aplicaría solamente en la esfera legislativa y no habría necesidad de aplicarlo a nivel judicial.

A su vez, Urbina⁴¹⁹ refiere que los conflictos que involucran derechos e intereses públicos son complejos. Implican una cuidadosa consideración de los diferentes intereses en juego, discriminando entre intereses legítimos e ilegítimos con la finalidad de determinar la fuerza normativa particular que los

⁴¹⁹ URBINA, Francisco; "A critique of proportionality" en *The American Journal of Jurisprudence* 57, University of Notre Dame Law School, Notre Dame, 2012, p. 49 – 80.

derechos y deberes tienen en cada caso. Por ello, afirma que surgen problemas, tales como, los relacionados con la falta de atención a la complejidad de casos y opacidad en el razonamiento, además de la falta de claridad en la orientación que la ley ofrezca en la adjudicación de derechos. En su opinión, eliminada la guía normativa se espera que la oscuridad y el reduccionismo sean la regla en el razonamiento que se ofrece para decidir un caso. Si además de esto, continúa el autor, el test de proporcionalidad permite un razonamiento sin restricciones, deja al juez sin guía, para tratar con esa complejidad, exponiéndolo a la presión ejercida por aquellos directamente interesados en la decisión del caso o por la opinión pública en general, y a los desafíos sobre la legitimidad de su decisión.

Para Urbina estos problemas no surgirían si el test es visto como un método para resolver casos de derechos humanos que consisten en algún tipo de maximización técnica, ya que en ese caso la proporcionalidad ejercería el control del resultado. Pese a ello, reconoce que en casos de derechos humanos, si el test es visto como una herramienta de maximización sin contener lo que es relevante, se convierte en una guía que lleva al juez en la dirección equivocada, haciendo que trate como decisivas algunas consideraciones que no deberían serlo, al filtrar otras que sí deberían.

A causa de esto, el autor considera que un método apropiado para decidir casos de restricciones a derechos humanos tendría que responder a una reflexión sólida respecto a las consideraciones relevantes que se deberían tener en cuenta los diferentes tipos de reclamos de derechos humanos, que de alguna manera se puedan expresar a través de categorías legales capaces de

guiar al juez a una solución razonable. Por lo que, concluye que ninguna de las concepciones de proporcionalidad cumple estos requisitos⁴²⁰.

Tanto Böckenförde como Urbina consideran que la referencia que debe guiar al juez en la adjudicación de derechos debe ser normativa para evitar su subjetividad y garantizar certeza jurídica en el resultado obtenido. Con ello la carga es atribuida completamente al Legislador quien tendría que pensar en todas las posibles situaciones que en la realidad podrían darse para crear medidas que satisfagan todas y cada una de éstas, lo que virtualmente sería imposible de lograr.

Todo esto debería llevar a preguntarse por qué la crítica de la subjetividad como sustento de la irracionalidad del análisis de proporcionalidad reposa completamente en el juez, como si al legislador no se le pudiera hacer la misma crítica, la respuesta a dicha pregunta es que al tomar decisiones, el legislador se enfrenta a su subjetividad también, no es inmune a ella, ésta puede filtrarse en el proceso democrático de emisión de leyes, de hecho sucede en el “pan de cada día” en los diversos sistemas jurídicos.

Cabe subrayar que en la adopción de políticas públicas sobre derechos fundamentales el legislador está bajo la influencia de su ideología política, por esta razón las leyes se adoptan en el seno de un parlamento donde confluyen diversas ideologías políticas que necesitan equilibrarse por el consenso, atendiendo a que las leyes deben ser generales y proteger a todos por igual⁴²¹, no obstante, ello muchas veces no se logra completamente. Al adoptar

⁴²⁰ URBINA, Francisco; *A critique of proportionality en The American Journal of Jurisprudence* 57, University of Notre Dame Law School, Notre Dame 2012, pp. 49 – 80.

⁴²¹ Hablo aquí de forma muy general, sin descartar las discriminaciones positivas que son necesarias para proteger grupos vulnerables donde son necesarias leyes que brinde protección particular a grupos específicos.

medidas legislativas de restricción de derechos fundamentales, el legislador no puede evitar aplicar un análisis de proporcionalidad a fin de evitar que la medida sea violatoria de un derecho fundamental.

Ahora bien, como ya se dijo, el legislador no puede predecir todas las situaciones en que una medida restrictiva de derechos fundamentales pueda originar una violación de los mismos, pues eso sería aceptar que el Derecho se petrifique, cuando lo que sucede es lo contrario, el Derecho está en constante evolución, debe ir a la par de la evolución social y necesita que exista la posibilidad de seguir incorporando nuevas conductas en el contenido de los derechos fundamentales, ampliando el radio de su protección. Por estas razones, se necesita el control judicial, pues el Estado Constitucional de Derecho ha sido concebido sobre la base de la división de poderes y ha forjado el rol del Poder judicial como un control de calidad de las leyes para defensa del individuo.

Respecto a lo afirmado por los autores sobre la falta de guía que ofrece el análisis de proporcionalidad, es necesario señalar que la guía en el análisis siempre es normativa aunada a criterios empíricos y circunstancias especiales de cada caso que justifiquen la no aplicación de los precedentes.

Como ha sido subrayado en esta investigación el sistema de protección de los derechos fundamentales se basa en la integración de los tratados de derechos humanos –CADH y TEDH en esta investigación– en el sistema interno, a través del Derecho constitucional, en razón de lo cual, el contenido esencial de los derechos está determinado por la norma constitucional (que refleja la integración de las obligaciones asumidas por el Estado en la protección de los DF en virtud de los tratados ratificados) que en principio debe permitir la

apertura a la incorporación de nuevas conductas –que sean necesarias sumadas a la protección existente– conforme a la evolución de la sociedad⁴²². Esta orientación normativa del contenido de los derechos aunado a los parámetros dentro de los cuales se pueden establecer restricciones, y a los criterios jurisprudenciales de interpretación de dichas normas (integración de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales y de los tribunales internos) constituyen la guía que usa el juez al determinar la importancia que se debe dar a un derecho sobre otro, o a un derecho sobre un interés, o viceversa, en una situación específica; por lo que, el oscurantismo al que se refiere Urbina se ve neutralizado.

Al referirse a la guía legal que los autores indican se pierde con el análisis de proporcionalidad, Böckenförde y Urbina manifiestan que la solución podría ser que la misma norma indique el valor que debe darse a cada derecho o interés concurrente en caso de un conflicto. No obstante, ello significaría determinar una jerarquía entre ellos que no es saludable para el sistema de protección de los DF. Pues, es materialmente imposible que mediante una norma se cubran las miles de posibilidades de situaciones que se pueden presentar en el realidad. Además, de acuerdo a la dogmática de los derechos fundamentales, éstos son iguales, y coexisten todos a la vez en esa igualdad, la posibilidad de

⁴²² En este sentido la descripción normativa del contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra diseñada desde los tratados que están formulados de forma abstracta a fin de permitir la incorporación de nuevas conductas. Al respecto Alexy señala: “Es posible tratar de formular catálogos de derechos humanos con el menor grado posible de abstracción. Las declaraciones y pactos de derechos humanos del derecho internacional son ejemplos de tales intentos. Sin embargo, tales catálogos son con frecuencia muy abstractos ahí donde sólo fue posible un acuerdo mediante un compromiso formal. Pero dejando de lado estos problemas políticos, existen límites teóricos para la concreción de los derechos humanos mediante un catálogo. Un verdadero catálogo concreto terminaría, por último, en una casuística de los derechos humanos. No obstante, una concreción que se extienda hasta en los detalles es posible sólo en los procesos e instituciones de un determinado sistema jurídico en la correspondiente situación histórica”. ALEXY, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” en *Derechos y Libertades* 8, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 21 – 42, ver p. 31.

restringirlos es la excepción que confirma esa regla y debe aplicarse solamente en circunstancias en que sea necesario para evitar la violación de otro derecho. Por ello, las restricciones tienen regulados los parámetros de su aplicación de forma general a fin de permitir diversas situaciones de adaptación del Derecho. En estos casos, el análisis de proporcionalidad se convierte en la estructura a utilizar para dotar de racionalidad a la evaluación de una restricción que no debe llegar a ser vulneratoria de un derecho fundamental.

Con respecto a esto, Möller⁴²³ considera que la estructura del test de proporcionalidad lleva a los jueces a valorar a través de cada paso las consideraciones importantes. En su opinión, ésta es exactamente la estructura que debería tener un argumento bien diseñado; por ello, según el autor, al aplicar el análisis de proporcionalidad los jueces son asistidos en su razonamiento y no tienen que “reinventar la rueda”, lo que en otras palabras significa que la estructura ya está diseñada, sólo tienen que seguirla. No obstante, resalta que esta guía es principalmente a nivel de estructura y no de sustancia, pues no le dice al juez qué resultado alcanzar, solamente le ayuda a identificar las cuestiones importantes que deben considerarse para llegar a una decisión sobre el fondo; en razón de lo cual opina que los jueces deben tomar los pasos individuales del test muy en serio⁴²⁴ a fin de adoptar una solución argumentada de forma racional.

⁴²³ MÖLLER, Kai; “Proportionality: challenging the critics” en *International Journal of Constitutional Law* 10, Oxford University and New York University School of Law, 2010, pp. 709 – 731, ver pp. 715 – 718. Cfr. MÖLLER, Kai; *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 724 – 729.

⁴²⁴ MÖLLER, Kai; “Balancing as reasoning and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina” en *International Journal of Constitutional Law* 12, Oxford University and New York University School of Law, 2014, pp. 222 – 225.

Por su parte Kumm⁴²⁵ considera que al utilizar este análisis un tribunal se centra principalmente en el "examen de las razones", en "hacer preguntas y evaluar la coherencia de las respuestas" y su plausibilidad, para explicar la adopción de una u otra medida, puesto que ayuda a determinar los criterios para determinar qué preocupaciones tienen prioridad en determinadas circunstancias. El autor afirma que su estructura permite evaluar la justificación de las restricciones. No obstante, considera que dicho test proporciona un poco más que una lista de verificación de los criterios individualmente necesarios y colectivamente suficientes que deben cumplirse para justificar los actos de las autoridades públicas con razones que sean apropiadas en una democracia liberal. En ese sentido, opina que el test proporciona una estructura para la evaluación de las razones públicas. Lo que en sus palabras significa que permite un razonamiento irrestricto y una revisión judicial que implican una práctica saludable de exigir justificación para los actos de las autoridades, evaluando si pueden fundamentarse en términos de la razón pública.

Del mismo modo, Mathews y Stone⁴²⁶ están de acuerdo en que el análisis de proporcionalidad no es un procedimiento analítico neutral y constituye un estándar altamente intrusivo de revisión judicial. No obstante, los autores consideran que no atenta contra la división de poderes y, en consecuencia, no

⁴²⁵ KUMM, Mattias; "The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality" en *Review, Law and Ethics of Human Rights* 4, 2010, pp. 147 – 154.

⁴²⁶ Los autores opinan: "We see such outcomes as costs that any polity must inevitably pay if it wishes to maintain an effective system of constitutional justice. If a polity does not wish to pay such costs, it must not, within its constitutional law, include a charter of rights meant to be protected by a judicial body whose decisions are effectively insulated from reversal". Del mismo modo señalan: "(...) while not a cure-all for the challenges facing constitutional courts, avoids these pathologies by providing a relatively systematic, transparent, and trans-substantive analytical procedure for the adjudication of virtually all rights claims". Cfr. MATHEWS, Jud; STONE SWEET, Alec; "All things in proportion? American rights review and the problem of balancing" en *Emory Law Journal* 60 (4), Emory University School of Law, 2011, pp. 797 – 875, ver parte I C: Strict scrutiny y parte IV: All things in proportion? dónde se hace una comparación del american balancing y el principio de proporcionalidad.

debe ser considerado antidemocrático. Centran su respuesta a la crítica en su visión positiva respecto al control judicial de las normas o actos estatales cuando se trata de proteger derechos fundamentales, pues el juez se convierte en un poderoso legislador que ayuda a la evolución del Derecho. Con lo cual, nos recuerdan que tal y como está establecido el Estado, su máxima norma instituye una carta de derechos que es protegida por el poder judicial. De ahí que, concluyen que el análisis de proporcionalidad es la mejor herramienta para dar respuesta a los diversos conflictos que se presentan entre los derechos fundamentales, pues brinda a los tribunales un medio para racionalizar y disciplinar la revisión judicial.

Conforme a lo expresado por estos autores, se puede afirmar que la revisión judicial es necesaria para mantener la racionalidad del sistema de protección de derechos fundamentales. En el caso específico de las restricciones a dichos derechos, el análisis de proporcionalidad se convierte en una poderosa herramienta que ayuda a la juez a estructurar un razonamiento ordenado para solucionar un caso determinado.

No obstante lo señalado, no debe pensarse en el test solamente como un análisis vacío, como una lista de pasos que el juez debe seguir. Todo lo contrario, más que una simple estructura, es realmente una guía racional que señala los criterios que se deben tener en cuenta para evaluar la legitimidad de una restricción. Dicha racionalidad se manifiesta cuando el juez dota de contenido su razonamiento en cada paso del test, utilizando el Derecho vigente, los hechos relevantes para cada caso, los principios generales de la dogmática de los derechos fundamentales, la jurisprudencia existente, todo lo cual se hace coherente a través de la técnica de argumentación jurídica para

justificar cada razón y cada elección que realiza, a fin de que se pueda reconstruir ese razonamiento en aras de preservar la certeza jurídica en la adjudicación de derechos fundamentales.

En este contexto, coincido con Kumm⁴²⁷ cuando afirma que razonar sobre los derechos significa razonar acerca de cómo un valor particular se relaciona con las exigencias de las circunstancias. Requiere un razonamiento práctico general, pues opina que las justificaciones en gran medida son un ejercicio de razonamiento práctico que comparte características estructurales importantes con la evaluación racional de políticas o medidas.

Ahora bien, el margen de discrecionalidad del juez para evaluar la intensidad de la restricción a fin de lograr la satisfacción de otro derecho o interés se neutraliza con la aplicación de la dogmática de los DF. Donde la norma sea vaga o no ofrezca una guía sobre el contenido de un derecho, éste se estructura en muchos casos por interpretación ya se doctrinal y mayormente judicial. Haciendo uso de todos estos elementos se debe fundamentar el alcance de los derechos, es decir, determinar el rango de conducta que está protegido por el Derecho, utilizando una vinculación lógica de los argumentos y razones para justificar la restricción o calificarla como violatoria de un derecho.

Se debe agregar que, donde la ley falla en proteger un derecho o, dicho en otras palabras, se excede en la restricción para favorecer otro derecho o interés público, el análisis de proporcionalidad utilizado en el control judicial se convierte en una manera de evitar que la vulneración a un derecho se institucionalice. Sin que por ello se caiga en lo que Kumm denomina

⁴²⁷ KUMM, Mattias; "The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality" en *Review, Law and Ethics of Human Rights* 4, 2010, pp. 142 – 175, ver pp. 147 – 152.

“juristocracia”, es decir, la tensión que se cree existe entre el legislador y una élite de jueces, que podrían ser los jueces constitucionales⁴²⁸ y los jueces supranacionales se podría añadir a las palabras de este autor. Si un juez determina que una medida es vulneratoria de un derecho por no cumplir su fin legítimo y ser proporcionada; ello no significa que el juez se convierta en legislador y usurpe dicho cargo; implica que señale una deficiencia en el sistema que deberá ser arreglada por el órgano competente; es decir, que si se requiere que se legisle una nueva medida que no afecte derechos, dicho trabajo corresponderá al legislador más no al juez. Conforme lo señala Barak se trata de un diálogo entre legislador y juez que contribuye a mantener la racionalidad y el equilibrio del sistema de protección de los derechos fundamentales.

Todas estas reflexiones se relacionan también con cuestionar la crítica de la falta de certeza jurídica del análisis de proporcionalidad. En este sentido, cabe resaltar que las soluciones no son matemáticas y exactas para ser aplicadas a todos los casos por igual, pues influyen mucho las circunstancias específicas de cada caso. Así, Shapiro y Stone resaltan que una de las virtudes del análisis de proporcionalidad es que permite que un tribunal maximice su propia flexibilidad, con referencia a los valores e intereses que protege con respecto a las situaciones presentes y futuras⁴²⁹.

⁴²⁸ Kumm afirma que cuando los tribunales aplican el análisis de proporcionalidad, de hecho están evaluando si la legislación puede justificarse o no en términos de razones públicas, razones de las que todos los ciudadanos podrían aceptar razonablemente, incluso si en realidad no lo hacen. Cfr. KUMM, Mattias; "The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality" en *Review, Law and Ethics of Human Rights* 4, 2010, pp. 142 – 175, ver p. 155.

⁴²⁹ En este sentido los autores afirman: "This flexibility, which we count as a virtue rather [than] a vice of Proportionality Analysis, is never immune from attack by those who believe that a more determinate and principled approach to rights adjudication is possible, or that PA is just a fancy

No obstante, ante criterios normativos y empíricos similares resulta posible construir precedentes que se aplican a casos futuros similares, a condición de que el juez realice de forma correcta la argumentación jurídica⁴³⁰ que justifica las razones que lo llevan a un resultado determinado. Esto es lo que Clérico denomina la posibilidad de determinar reglas-resultado de los casos resueltos que servirán para otros casos. Así, recuerda lo afirmado por Alexy: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁴³¹. En consecuencia, la autora considera que el resultado de la ponderación genera precedentes que se pueden aplicar a casos futuros, y cuando ello sucede, indica que el conflicto se resuelve sin realizar una nueva ponderación; por lo que, concluye que no todo es ponderación ni indeterminación en el análisis de proporcionalidad.

La crítica de la falta de racionalidad, debido a todas las razones hasta aquí detalladas, constituye para Bernal una exigencia de hiperracionalidad que implica desconocer que la racionalidad tiene límites, por lo que la crítica se vuelve también irracional. En contraste con lo afirmado, el autor le concede a la crítica que en la estructura formal del análisis de proporcionalidad, en específico la ponderación, no es posible, en muchos casos, excluir las apreciaciones subjetivas del juez, pues este análisis no es un procedimiento algorítmico que ofrezca una única respuesta; por el contrario, afirma que reconoce sus límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación que no reduce su racionalidad si cada paso del test es correctamente aplicado.

way to package judicial policy-making.” Cfr. SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec; in *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, 2002, ver p. 163.

⁴³⁰ Como refiere Alexy:

⁴³¹ CLÉRICO, Laura; “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación” en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXI), BOE, 2015, pp. 73 – 99, ver p. 78.

Así, el autor señala que no se garantiza una perfecta objetividad, la misma que considera como un ideal imposible de alcanzar en ningún ámbito normativo. Según Bernal, ello podría ser posible si las disposiciones de los sistemas jurídicos determinaran por completo el contenido de los principios⁴³², lo cual como ha sido subrayado en esta investigación sería contraproducente, pues implicaría imponer una jerarquización a los derechos y atentaría contra los principios que fundamentan la protección de los derechos fundamentales, la misma que tiene ser “viva”, es decir que debe ir evolucionando a la par de la evolución natural de la sociedad, adaptándose para dar solución a los nuevos conflictos que se presenten, los cuales no fueron previstos por el legislador al momento de adoptar leyes y medidas, por ello, el control judicial se vuelve indispensable para fortalecer el sistema.

Entonces, sin discrepar con Bernal, se vuelve a subrayar lo antes expresado, la única manera de controlar la discrecionalidad del juez y preservar la racionalidad del análisis de proporcionalidad se logra con la fundamentación y justificación que realice el juez de las razones que lo llevan a un fallo específico en cada caso. Dicha justificación proviene del Derecho. Al respecto, Bernal⁴³³ subraya que la fundamentación que se realice debe ser enunciada en términos claros y consistentes, debe observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia. Todo esto a fin de poder hacer una reconstrucción del razonamiento judicial para garantizar la adopción de precedentes y la certeza jurídica de su aplicación a casos futuros similares.

⁴³² BERNAL PULIDO, Carlos; “La racionalidad de la ponderación” en CARBONELL, Miguel; *Argumentación jurídica: el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa, México 2015, pp. 27 – 49, ver pp. 30 – 33 y 48.

⁴³³ Ibidem, p. 34.

En definitiva, se afirma una vez más que la subjetividad del juez, alegada causa de la irracionalidad en el análisis de proporcionalidad, está presente en todas las ramas del Derecho, en toda la actuación judicial, no solamente en la adjudicación de derechos, y en la labor del legislador también. Por ello, no puede ser atribuida como una suerte de “pecado original” al análisis de proporcionalidad. La única manera de neutralizarla y preservar la racionalidad de las decisiones de adjudicación de derechos es argumentar cada razón y justificarla desde el Derecho. Al hacer referencia al Derecho, no sólo se consideran las leyes o los tratados internacionales de DIDH, puesto que, cuando éstos no brinden una referencia normativa concreta, se debe recurrir a los principios de la dogmática de los derechos fundamentales, y sus principios de interpretación, y a la jurisprudencia interna e internacional en la materia. Así pues, la racionalidad del análisis se preservará siempre y cuando el juez cumpla con su labor de control, argumentando y justificando cada razón de su decisión, lo que vale decir que honre correctamente la esencia de la función judicial.

CAPÍTULO IV

LAS RESTRICCIONES O LIMITACIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I. Restricciones o limitaciones a los DF regulados por el CEDH

La protección efectiva de los derechos en el SEDH está determinada por el CEDH y se debe subrayar que el efecto que éste tiene: directo, preventivo o curativo, depende primariamente de la Buena fe de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas.

Esta protección efectiva determinada por el Convenio tiene en consideración que los derechos no son absolutos y que en determinadas circunstancias existen ciertos límites o restricciones que los Estados pueden imponer para garantizar los derechos fundamentales.

En este contexto, se puede afirmar que el CEDH reconoce, además de la protección de derechos individuales, la protección del interés público y la protección de los derechos de los demás en un sentido colectivo, a través de normas que autorizan a los Estados a tomar medidas para limitar o restringir los derechos en situaciones específicas.

As cláusulas de limitaciones o restricciones permitidas a los DF han sido establecidas en los artículos 8 a 11 del CEDH. En el caso del artículo 8 sobre el respeto a la vida privada y familiar, en el inciso 2 se establece que: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una

medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Del mismo modo el artículo 9 sobre la protección de la Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, regula como limitación de este derecho que: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

Respecto a la Libertad de expresión, el artículo 10 establece que el ejercicio de este derecho puede ser limitado, a través de: “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

En el mismo sentido, la protección de la libertad de reunión y de asociación regulada en el artículo 11 prevé restricciones que deben ser: “previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los

derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

Como se puede apreciar de la redacción de los artículos citados, dichas cláusulas generalmente se encuentran en el párrafo segundo de estos artículos y se consideran como “injerencias”⁴³⁴, o “restricciones”⁴³⁵. Asimismo, en las versiones francesa e inglesa del CEDH se consideraron los términos: “ingérence”, “restriction”, “interference”, “limitations”, y “restrictions” respectivamente.

El uso de términos diferentes no implica significados diferentes, en todos los casos se trata de limitaciones o restricciones a los derechos en circunstancias específicas, que han sido taxativamente detalladas en el CEDH. Así lo demuestra la jurisprudencia del TEDH que utiliza indistintamente los términos de injerencia o restricción cuando realiza la supervisión de conformidad de las obligaciones del Estado respecto a los artículos 8 a 11 del Convenio y 2 del Protocolo Adicional N° 4.

El hecho de que el CEDH contenga las denominadas cláusulas de limitación o restricción no implica que los Estados tengan que imponer restricciones, tampoco les impide regularlas, siempre y cuando éstas sean establecidas dentro del alcance determinado por dichas cláusulas. Así, se constituyen en excepciones legítimas dentro del marco establecido por el Convenio; por ello, si faltara alguno de los elementos requeridos por el párrafo segundo, la restricción

⁴³⁴ Como es el caso del *artículo 8*.

⁴³⁵ Como es el caso de los *artículos 9, 10, 11 del CEDH y el artículo 2 del Protocolo N° 4*.

no puede ser considerada legítima; por lo que los derechos deben ser respetados sin injerencia alguna.

Lo cual coincide con lo ratificado en el artículo 18 del Convenio que regula la limitación de la aplicación de las restricciones de derechos, estableciendo que dichas restricciones sólo deben ser aplicadas a fin de cumplir la finalidad que persiguen, que según lo detallado en los artículos citados es la protección de derechos de forma individual y a la vez colectiva

Este tipo de cláusulas contienen tres requisitos que deben ser cumplidos por las autoridades estatales para justificar la interferencia en el derecho protegido. Estos requisitos según lo establecido en el CEDH se refieren a restricciones, limitaciones o injerencias previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática.

Por ello, cuando se alega la restricción de un derecho contenido en los artículos mencionados, el TEDH analiza si la interferencia, restricción o limitación alegada es legítima a través un test dividido en 3 partes: 1) que esté prescrita por ley, 2) que el fin sea legítimo y 3) que sea necesaria en una sociedad democrática. Si todos estos requisitos no son cumplidos en su totalidad el TEDH determina que el derecho ha sido ilegítimamente restringido o limitado, y, en consecuencia, el Estado ha violado sus obligaciones respecto del CEDH.

El TEDH utiliza esta forma de evaluación (test) de las restricciones desde el Caso Handyside⁴³⁶. En este caso, el TEDH valoró en primer lugar si los hechos alegados se enmarcaron dentro del derecho reconocido en el Convenio y si este derecho fue limitado. Posteriormente analizó si la interferencia en el

⁴³⁶ Caso Handyside contra Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

derecho estuvo prescrita por ley, si el fin fue legítimo (protección de la moral), y finalmente si la medida era necesaria en una sociedad democrática.

El examen del caso, se centró mayormente en examinar la necesidad de la medida. Una vez verificado esto, determinó si la interferencia fue legítima conforme a los requisitos establecidos en el CEDH, o si existió una violación del mismo. Al realizar este análisis, el TEDH ha expresado –en reiterada jurisprudencia– que lo hace teniendo en cuenta los hechos del caso como un todo⁴³⁷. Así, se puede afirmar que el Tribunal tiene en cuenta las diversas circunstancias especiales que se pueden dar en cada caso en concreto⁴³⁸, así como el margen de apreciación nacional. Por ello, las cláusulas que permiten las restricciones requieren una labor de interpretación; es decir que, a través de la jurisprudencia del Tribunal se establezca el alcance y contenido de las mismas.

A continuación se analizará la forma como el TEDDH aplica el examen de proporcionalidad de las medidas restrictivas de DF, en base al estudio de la jurisprudencia emitida en la materia por la Gran Sala en los últimos cinco años.

II. Estudio de casos sobre restricciones a los DF en el SEDH

Para realizar este trabajo se estudiaron un universo de 21 sentencias emitidas por la Gran Sala del TEDH en los últimos 5 años respecto a restricciones a los DF en virtud de los incisos segundos de los artículos 8 a 11 del CEDH. Se escogieron las sentencias emitidas por la Gran Sala, pues de conformidad con

⁴³⁷ “Court exercises its supervision in the light of the case as a whole”. Cfr. Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 60.

⁴³⁸ En el Caso Sunday Times, el TEDH en la argumentación que sustentó su decisión, tuvo en cuenta la existencia de varias razones, soluciones y propuestas de reforma de ley que estuvieron en progreso al momento del proceso. Cfr. Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 27 de octubre de 1978, párrafos 58 a 68.

lo establecido por el artículo 44 del CEDH dichas sentencias tienen carácter definitivo.

Las sentencias fueron seleccionadas utilizando el buscador HUDOC del Tribunal. La búsqueda se realizó, filtrando las palabras claves “necesaria en un sociedad democrática” y “proporcionalidad” en los artículo 8 a 11 del CEDH. Es preciso destacar que las 21 sentencias seleccionadas corresponden concretamente a las restricciones impuestas en virtud de los incisos segundos de los artículos 8 a 11, por lo que se descartaron aquellas que se alejaron de este criterio debido a que la injerencia en los derechos protegidos en los artículos 8 a 11 se relacionó con lo determinado por los artículo 5, 6, 14 y 1 del Protocolo 1⁴³⁹; razón por la que el TEDH no aplicó necesariamente el mismo test que aplica cuando se trata de restricciones en virtud de los incisos 2 de los artículo 8 a 11 del Convenio.

A continuación se exponen las fichas de análisis que contienen, además de los hechos del caso, un resumen de la forma en que el TEDH examinó las restricciones impuestas, así como mis reflexiones sobre el análisis realizado por dicho Tribunal.

⁴³⁹ TEDH, Gran Sala; Caso Biao contra Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 2016. TEDH, Gran Sala; Caso Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia, Sentencia de 24 de enero de 2017. TEDH, Gran Sala; Caso Regner contra República Checa, Sentencia de 19 de septiembre de 2017. TEDH, Gran Sala; Caso Fábián contra Hungría, Sentencia de 5 de septiembre de 2017. TEDH, Gran Sala; Caso Zubac contra Croacia Sentencia de 5 de abril de 2018. TEDH, Gran Sala; Caso Naït-Liman contra Suiza, Sentencia de 15 de marzo de 2018. TEDH, Gran Sala; Caso G.I.E.M. S.R.L. y Otros contra Italia, Sentencia de 28 de junio de 2018. TEDH, Gran Sala; Caso Ališić y Otros contra Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Slovenia y "La Antigua República Yugoslava de Macedonia", Sentencia de 16 de julio de 2014. TEDH, Gran Sala; Caso Hämäläinen contra Finlandia, Sentencia de 16 de julio de 2014. TEDH, Gran Sala; Caso Vallianatos y otros contra Grecia, Sentencia de 7 de noviembre de 2013. TEDH, Gran Sala; Caso Sargsyan contra Azerbaijan, Sentencia de 16 de junio de 2015. TEDH, Gran Sala, Caso Mozer contra la República de Moldova y Rusia, Sentencia del 23 de febrero de 2016.

Caso *Perinçek contra Suiza*⁴⁴⁰

El caso se refirió a la condena penal de un político turco, quien participó en tres eventos públicos en Suiza, en el curso de los cuales expresó la opinión de que las deportaciones y masacres masivas sufridas por los armenios que vivían en el Imperio Otomano a partir de 1915 no representaron genocidio. La Asociación Suiza-Armenia presentó una denuncia penal contra el Sr. Perinçek por la que fue declarado culpable de un delito en virtud del Artículo 261 bis § 4 del Código Penal de Suiza, afirmando en particular que sus motivos parecían ser racistas y nacionalistas y que sus declaraciones no contribuyeron al debate público. El tribunal le ordenó una pena suspendida por dos años, y una multa de 3.000 francos suizos, que podría ser reemplazada por 30 días de prisión y 1.000 francos suizos en compensación por daños no pecuniarios. Todas las apelaciones relacionadas con dicha sentencia fueron desestimadas por los tribunales de alzada.

En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

- (i) Prescrita por la ley⁴⁴¹

El Tribunal quedó convencido que la medida restrictiva tuvo origen legal en el código penal suizo. Norma que fue calificada por el Tribunal como suficientemente accesible y previsible como para que el reclamante previera razonablemente que sus declaraciones darían lugar a que se declarara su responsabilidad penal.

⁴⁴⁰ TEDH, Gran Sala; Caso *Perinçek contra Suiza*, Sentencia del 15 de octubre de 2015, párrafos 124 a 282.

⁴⁴¹ Ver párrafos 130 a 138 de la Sentencia.

(ii) Fin legítimo⁴⁴²

El Tribunal determinó que la interferencia podría considerarse destinada a la protección de los derechos de los demás. Pues observó que muchos de los descendientes de las víctimas de los sucesos de 1915 y los años siguientes, especialmente en la diáspora armenia, construyeron su identidad en torno a la percepción de que su comunidad había sido víctima de genocidio. Por lo que, se aceptó que la interferencia con el derecho del señor Perinçek tuvo la intención de proteger esa identidad y, en consecuencia, la dignidad de los armenios de hoy en día.

Como se puede apreciar en este caso, aunque sea brevemente, el TEDH hizo la conexión racional entre la medida restrictiva y el fomento del fin perseguido por la misma.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁴³

En primer lugar, el Tribunal enunció la jurisprudencia relevante para el caso. Posteriormente aplicó dichos principios a los hechos concretos del caso para evaluar la naturaleza de las declaraciones del reclamante. Así, determinó que sus declaraciones fueron hechas en eventos públicos en su calidad de político, opinando sobre una larga controversia que el Tribunal, en varios casos contra Turquía, ha aceptado como una cuestión de interés público. El TEDH constató que sus declaraciones no promovían una agenda racista y antidemocrática, y no había pruebas suficientes de que hubiera sido así. Del mismo modo, se destacó que no expresó desprecio ni odio por las víctimas de los sucesos de 1915 y los años siguientes, pues no los llamó mentirosos ni utilizó términos

⁴⁴² Ver párrafos 145 a 157 de la Sentencia.

⁴⁴³ Ver párrafos 196 a 282 de la Sentencia.

abusivos con respecto a ellos, ni intentó estereotiparlos. Sus acusaciones estuvieron dirigidas contra los "imperialistas" y sus supuestos diseños insidiosos con respecto al Imperio Otomano y Turquía. Del mismo modo, el Tribunal subrayó que el tenor general de los comentarios del reclamante no implicaron que los armenios merecían ser sometidos a atrocidades o aniquilaciones, por ello, consideró que tales declaraciones no tuvieron un efecto perturbador significativo o que fueron perjudiciales para la dignidad de los armenios que justificara una medida restrictiva de tipo penal.

En consecuencia, determinó que las declaraciones del reclamante se refirieron a una cuestión de interés público que gozaba de una mayor protección, por lo que se declaró que las autoridades suizas tenían un margen de apreciación limitado para interferir en ellas. En definitiva, el TEDH concluyó que la medida impuesta fue necesaria en una sociedad democrática, someter al Sr. Perinçek a una pena penal para proteger los derechos de la comunidad armenia en juego en este caso. En consecuencia, se había violado su derecho a la libertad de expresión.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: la libertad de expresión, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, sin justificar la escala de afectación sufrida, solamente se limitó a indicar que la restricción no fue necesaria en una sociedad democrática. Respecto a la satisfacción del derecho contrario: la protección de los derechos de los demás, se hizo una breve argumentación, indicando que las declaraciones del reclamante no tuvieron un impacto perjudicial para la comunidad armenia. En ambos casos no se enuncian de forma expresa las intensidades de injerencia y de satisfacción de los derechos

en concurrencia; no obstante se puede asumir que la injerencia en la libertad de expresión fue grave y su peso abstracto fue alto debido a que no se trató de un discurso de odio y las declaraciones constituyeron un tema de interés público. Así, el peso abstracto del derecho la protección de los derechos de los demás podría calificarse de medio, siendo la intensidad de su satisfacción leve, ya que las declaraciones del reclamante no afectaron la dignidad de la comunidad armenia.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplicó reglas de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que, se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁴⁴. Sin embargo, falla en el procedimiento argumentativo para justificar las razones de su decisión, incluyendo los elementos faltantes de argumentación que han sido señalados, a fin de que sea posible, la reconstrucción de una *regla- resultado* más concreta que pueda aplicarse a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Las declaraciones de un político en un contexto publicó sobre temas controvertidos de interés público que no inciten al odio y que no causen perjuicio a la dignidad e identidad de una comunidad específica (como la armenia en este caso) forman parte del contenido de la libertad de expresión y no se les debería aplicar medida restrictiva alguna.

Caso Kudrevičius y otros contra Lituania⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

⁴⁴⁵ TEDH, Gran Sala; Caso Kudrevičius y otros contra Lituania, Sentencia del 15 de octubre de 2015, párrafos 91 a 184.

Los hechos se refirieron a la condena de cinco granjeros por disturbios a causa de manifestaciones organizadas por ellos debido a la caída de los precios al por mayor de diversos productos agrícolas y la falta de subsidios para su producción, exigiendo que el Estado tome medidas. Las autoridades nacionales consideraron que el traslado de las manifestaciones a áreas no autorizadas, violó las condiciones estipuladas en los permisos de manifestación otorgados. Esta acción se tomó sin previo aviso a las autoridades y sin pedirles que modificaran los términos de los permisos. En este sentido se valoró que la obstrucción casi completa de tres carreteras principales sin cumplir con notificar a las autoridades policiales afectó las necesidades y derechos de los usuarios de las carreteras, y, en consecuencia, constituyó una grave violación del orden público; razón por la que se les impuso una sentencia de sesenta días de prisión suspendida por un año.

En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley⁴⁴⁶

El Tribunal declaró que la condena impuesta tuvo una base legal en la ley lituana, a saber, el artículo 283 § 1 del Código Penal, que prescribía la pena por el delito de disturbios. La aplicación de esa disposición fue previsible, pues resultaba claro que el hecho de desobedecer las órdenes legales de la policía podría generar responsabilidad penal.

(ii) Fin legítimo⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Ver párrafos 108 a 118 de la Sentencia.

⁴⁴⁷ Ver párrafo 140 de la Sentencia.

El Tribunal opinó que la condena de los reclamantes persiguió un fin legítimo como la prevención del desorden y la protección de los derechos y libertades de los demás.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁴⁸

En primer lugar, el Tribunal enunció la jurisprudencia relevante para el caso. Posteriormente aplicó dichos principios a los hechos concretos para evaluar la naturaleza de las acciones de los reclamantes.

Así, el TEDH valoró que la decisión de trasladarse a las autopistas para bloquearlas o reducir el paso de vehículos fue una manera de crear caos para presionar al gobierno para que aceptara sus demandas, como lo demuestra el hecho de que fueron levantados tan pronto como se informó a los manifestantes del resultado exitoso de las negociaciones con el gobierno.

El Tribunal determinó que dichas acciones no tuvieron conexión directa con el objeto de su protesta, a saber, la supuesta falta de acciones del gobierno ante la caída de los precios al por mayor de diversos productos agrícolas y la falta de subsidios para su producción. Del mismo modo, se recordó que en la jurisprudencia del Tribunal, la grave perturbación intencional, a causa de manifestaciones, de la vida cotidiana y de las actividades legalmente llevadas a cabo por otros, que resultara mayor que la causada por el ejercicio normal del derecho de reunión pacífica en un lugar público, podría ser considerado un acto reprobable.

El Tribunal tuvo en cuenta que, aunque los demandantes no realizaron actos de violencia ni incitaron a otros a participar en tales actos, la obstrucción casi

⁴⁴⁸ Ver párrafos 142 a 184 de la Sentencia.

completa de tres carreteras principales, ignorando los términos acordados en los permisos de manifestación otorgados por las autoridades locales, aunque fue menos grave que recurrir a la violencia física, podía describirse como reprensible.

En este contexto, se tomó en cuenta la falta de un enfoque uniforme entre los Estados miembros en cuanto a la caracterización legal de la obstrucción del tráfico en una vía pública, la misma que se trata como un delito penal en algunos Estados y como un asunto administrativo en otros, razón por la que el TEDH consideró que se debía otorgar una amplia discreción a las autoridades nacionales en cuanto a la caracterización de la conducta atribuida a los reclamantes. Así pues, el Tribunal destacó que el Estado estaba claramente autorizado a considerar que el interés de proteger el orden público superó al de los reclamantes de recurrir al bloqueo de carretera como un medio para que logren resultar victoriosos en sus negociaciones con el gobierno.

Además, el Tribunal valoró que las sanciones impuestas: una pena de sesenta días de prisión cuya ejecución fue suspendida por un año; solicitud de autorización para abandonar sus lugares de residencia durante más de siete días no resultó ser una medida desproporcionada en comparación con la grave perturbación del orden público provocada por los reclamantes.

Por lo tanto, el TEDH concluyó que las autoridades lituanas realizaron una evaluación aceptable de los hechos, justificando su decisión con razones relevantes y suficientes, sin sobrepasar su margen de apreciación, y lograron un equilibrio justo entre los objetivos legítimos de prevención del desorden y

protección de los derechos y libertades de los demás, por una parte, y la protección de la libertad de reunión, por otra.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: la libertad de reunión, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, aplicables al caso concreto. Aunque no lo expresa de forma concreta, es posible reconstruir la intensidad de las escalas de injerencia y de satisfacción de los derechos en concurrencia. Así tenemos, que se puede asumir que, al indicar que la medida fue proporcionada, el peso abstracto de la libertad de reunión fue bajo y la intensidad de la injerencia fue leve, teniendo en consideración que dicha libertad fue realmente ejercida por los reclamantes, pese a que se ocasionaron disturbios. Respecto a la prevención del desorden y protección de los derechos y libertades de los demás se puede asumir que su peso abstracto fue alto y la satisfacción fue media o alta, debido a que el bloqueo de las carreteras no pasó de un disturbio que no tuvo consecuencias más graves.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁴⁹.

Regla-resultado enunciada.- Además de los precedentes enunciados aplicados al caso respecto al contenido de la libertad de reunión, así como la prevención del desorden y la protección de los derechos de los demás, se puede apreciar que se aplica una regla-resultado enunciada en casos

⁴⁴⁹ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

anteriores, por tratarse de un caso similar aunque con algunas variantes fácticas que no ameritan apartarse de la misma.

Así, la regla que se puede extraer es: la grave perturbación intencional, a causa de manifestaciones, de la vida cotidiana y de las actividades legalmente llevadas a cabo por otros, que resulte mayor que la causada por el ejercicio normal del derecho de reunión pacífica en un lugar público, puede ser considerado un acto reprehensible que podría ser sancionado con medidas restrictivas leves que resulten proporcionadas para lograr la protección de los derechos de los demás y la prevención del desorden. En este caso como parte de la regla se debe considerar que no existe una medida única y que corresponde a las autoridades nacionales determinarla en función del grado de alteración del orden público y de la afectación de los derechos de los demás.

Caso Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría⁴⁵⁰

La reclamante es una ONG activa en el campo del monitoreo de la implementación de instrumentos internacionales de derechos humanos en Hungría. En búsqueda de una encuesta sobre la calidad de la defensa proporcionada por los defensores públicos, la organización solicitó a varios departamentos de policía los nombres de los defensores públicos seleccionados por ellos, argumentando que los datos solicitados constituían información pública.

Ante el rechazo de algunos departamentos de compartir la información solicitada, la organización inició un proceso judicial contra dos departamentos de policía. Después de una sentencia de primera instancia a favor de la

⁴⁵⁰ TEDH, Gran Sala; Caso Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, Sentencia del 8 de noviembre de 2016, párrafos 71 a 200.

organización, el tribunal de apelación rechazó la demanda, concluyendo que los defensores públicos no realizaban una tarea de interés público y que actividad era privada y sus nombres no constituían información pública, y por lo tanto, no se podía exigir la divulgación de información sobre los mismos. Además, las autoridades nacionales habían clasificado esa información como datos personales que no estaban sujetos a divulgación según la legislación húngara.

En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley⁴⁵¹

El TEDH observó que la diferencia en las opiniones de las partes con respecto a la ley aplicable se originó en sus opiniones divergentes sobre la cuestión de cómo deben caracterizarse los defensores públicos en la legislación nacional. Al respecto, recordó que no es su tarea sustituir a los tribunales nacionales, sino que corresponde principalmente a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno. Por lo que, el TEDH destacó que su tarea se limitaba a determinar si los métodos adoptados y los efectos que conllevan eran conformes a lo dispuesto en el CEDH.

De ahí que, el Tribunal declaró que el Tribunal Supremo examinó detalladamente el estatuto jurídico de los abogados defensores nombrados de oficio y los argumentos de las ONG solicitantes en cuanto a sus deberes para garantizar el derecho a la defensa y encontró que no eran "otras personas que

⁴⁵¹ Ver párrafos 182 a 185 de la Sentencia.

ejercían deberes públicos". Por lo que, el Tribunal indicó que no tenía razones para cuestionar la interpretación del Tribunal Supremo de que los defensores públicos no pudieran ser considerados como "otras personas que ejercen deberes públicos" y que el artículo 19 (4) de la Ley de Datos proporcionó una base legal para la denegación de acceso a la información impugnada. En razón de lo cual concluyó que la interferencia estuvo prescrita por la ley en el sentido del segundo párrafo del artículo 10 del CEDH.

(ii) Fin legítimo⁴⁵²

El Tribunal se limitó a declarar que no existió controversia entre las partes respecto a que la restricción a la libertad de expresión de la ONG perseguía el objetivo legítimo de proteger los derechos de los demás, el respeto de la vida privada de los abogados defensores públicos en el sentido del artículo 8 del CEDH, sin pronunciarse sobre la conexión racional entre la medida y el fin perseguido o su fomento.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁵³

En primer lugar el TEDH recordó los principios desarrollados en su jurisprudencia respecto al derecho a la libertad de expresión.

El TEDH observó que la controversia se centró en que la ONG reclamaba que las autoridades clasificaban la información solicitada, (nombres de los defensores públicos y el número de veces que fueron nombrados para actuar como abogados en ciertas jurisdicciones), como datos personales que no estaban sujetos a divulgación. Pues, según la legislación húngara, el concepto

⁴⁵² Ver párrafo 186 de la Sentencia.

⁴⁵³ Ver párrafos 187 a 200 de la Sentencia.

de datos personales abarcaba cualquier información que pudiera identificar a una persona. Dicha información no podía divulgarse, a menos que esta posibilidad estuviera expresamente prevista por la ley, o la información estuviera relacionada con el desempeño de funciones municipales o gubernamentales (estatales) o estuviera relacionada con "otras personas que realizan funciones públicas". Ante lo cual, la ONG alegaba que los defensores públicos se encontraban en esta última categoría, por lo que la información solicitada no constituyó datos personales que no pudieran divulgarse.

En este sentido, el Tribunal consideró que las actividades profesionales de los defensores públicos no podían considerarse un asunto privado. Además, indicó que la información solicitada no se relacionaba con las acciones o decisiones de los defensores públicos en el desempeño de sus tareas como representantes legales o respecto a las consultas con sus clientes.

Del mismo modo, consideró que, el Gobierno no había demostrado que la divulgación de la información solicitada para los fines específicos de investigación de la organización reclamante pudiera haber afectado el disfrute de los defensores públicos de su derecho al respeto de la vida privada. Puesto que, la divulgación de los nombres de los defensores públicos y el número de sus respectivos nombramientos no los habrían expuesto a un grado superior al que podrían haber previsto al registrarse como defensores públicos. El TEDH argumentó que no existía ninguna razón para suponer que la información sobre los nombres de los defensores públicos y sus nombramientos no pudiera ser conocida por el público a través de otros medios, como la información contenida en listas de proveedores de asistencia jurídica, calendarios de audiencias judiciales y audiencias en tribunales públicos.

El Tribunal enfatizó que la investigación de la ONG se refería a la eficiencia del sistema de defensores públicos, con la finalidad de exponer que el plan de asistencia legal podría verse perjudicado debido a que los defensores públicos eran seleccionados sistemáticamente por la policía del mismo grupo de abogados, y por lo tanto, era poco probable que éstos impugnaran las investigaciones policiales para no ser dejados de lado en los nombramientos posteriores; lo cual constituía una legítima preocupación que el Tribunal consideró como un tema de necesario interés público. Por lo que, determinó que la negativa a conceder la información solicitada perjudicó efectivamente la contribución de la ONG reclamante a un debate público sobre un asunto de interés general.

De ahí que, el TEDH concluyó que no existió una relación razonable de proporcionalidad entre la medida restrictiva reclamada y el objetivo legítimo perseguido; y, en consecuencia, declaró que se violó el derecho a la libertad de expresión.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: la libertad de expresión, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, aplicables al caso concreto. En concreto, el Tribunal no se pronuncia en profundidad sobre las norma que impone la restricción, solamente verifica que esté dada por una ley clara, precisa y previsible, sin detenerse a valorar la conexión racional y el fomento del objetivo perseguido. El análisis en profundidad tiene lugar en la etapa concerniente al test de necesidad en una sociedad democrática.

En cuanto a la ponderación, ésta se realizó justificando argumentos para ambos derechos en concurrencia: la libertad de expresión y la protección de la vida privada. Aunque no se expresa de forma concreta, es posible reconstruir la intensidad de las escalas de injerencia y de satisfacción de ambos derechos. Así tenemos, que se puede asumir que el peso abstracto de la libertad de expresión fue alto y la intensidad de la injerencia fue grave, pues al no divulgarse la información solicitada por la ONG reclamante se impidió el ejercicio de su libertad de expresión para recibir e impartir información sobre un tema de interés público evidente. Respecto a la protección de la vida privada de los defensores públicos se puede asumir que su peso abstracto fue bajo y la satisfacción fue media, debido a que los datos solicitados eran de carácter estadístico y no interferían en su labor como defensores de oficio. Además el TEDH resaltó que su nombres eran de fácil acceso público en la base de datos en los que se ofertaban sus servicios y en los calendarios de audiencias; por lo que compartirlos para la investigación de la ONG no representaba ninguna exposición indebida de ninguna parte de su vida privada, teniendo en cuenta que su función era pública también.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; como por ejemplo, considerar de legítimo interés público el nombramiento de los defensores públicos; por lo que, se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

Regla-resultado enunciada.- En este caso el TEDH reitera que las repercusiones del nombramiento de los abogados defensores públicos constituyen un tema de debate público sobre un asunto de interés general debido a la cercana relación con un derecho de importancia primordial como es el derecho a una audiencia imparcial. Razón por la cual la función de los abogados defensores se considera dentro de la esfera pública y, por lo tanto, toda información respecto a dicha función no debería estar protegida como información privada.

Caso Couderc y Hachette Filipacchi Associés conta Francia⁴⁵⁵

El caso se refirió a un fallo judicial contra el semanario Paris Match por haber publicado información sobre la vida privada del Príncipe Alberto de Mónaco. En dicha publicación se expuso, a pesar de la notificación del Príncipe de abstenerse, una entrevista con la Sra. Coste, quien afirmó que el Príncipe Alberto era el padre de su hijo. El artículo iba acompañado de fotografías que mostraban al príncipe Alberto con el niño en sus brazos. Posteriormente, el Príncipe Alberto inició un proceso contra los reclamantes pues consideró que la publicación infringió sus derechos a la vida privada y a la protección de su propia imagen.

En la sentencia emitida se consideró que todo el artículo y las fotografías que lo acompañaban se encontraban dentro de la esfera más íntima del amor y la vida familiar del Príncipe Alberto y no se referían a ningún debate de interés general, por lo que se ordenó a los reclamantes pagar al Príncipe Alberto

⁴⁵⁵ TEDH, Gran Sala; Caso Couderc y Hachette Filipacchi Associés conta Francia, Sentencia del 10 de noviembre de 2015, párrafos 79 a 153.

50.000 euros por daños no pecuniarios, y que se imprimieran los detalles de la sentencia en la portada completa de Paris Match.

Como resultado de la apelación presentada por los reclamantes, se concluyó que la publicación de Paris Match había causado daños irreversibles al Príncipe Alberto, ya que el hecho de su paternidad, que había permanecido en secreto desde el nacimiento del niño hasta la publicación del artículo impugnado se hicieron de conocimiento público. Así, se confirmó el pago por daños y perjuicios y se modificó las condiciones de publicación de la decisión judicial, que no aparecería en un titular y ocuparía sólo un tercio de la portada.

En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley⁴⁵⁶

En este caso el Tribunal destacó que el motivo común de controversia entre las partes fue que la sentencia judicial impugnada constituyó una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los reclamantes, basada en los artículos 9 y 1382 del Código Civil. Por lo que no entró en más detalles para verificar la conexión racional entre la norma que impuso la medida y el fin perseguido.

(ii) Fin legítimo⁴⁵⁷

El Tribunal cumplió con declarar sin mayor análisis que la injerencia persiguió el objetivo legítimo de proteger los derechos de los demás que en este caso fue el derecho del Príncipe a la vida privada y a la protección de su propia imagen.

⁴⁵⁶ Ver párrafo 79 de la Sentencia.

⁴⁵⁷ Ver párrafo 79 de la Sentencia.

Como razón para no realizar las dos etapas previas del Test, el TEDH aclaró que la controversia entre las partes se centró en que la interpretación de los tribunales nacionales del concepto de vida privada fue demasiado amplia, sin realizar una ponderación correcta entre los intereses en conflicto, razón por la cual el TEDH consideró que dicha controversia debía resolverse directamente en el tercer paso del análisis correspondiente a la evaluación de si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁵⁸

El Tribunal consideró que era necesario evaluar el artículo en su totalidad para determinar si el contenido de la entrevista que revelaba la paternidad del Príncipe podía entenderse como información sobre una cuestión de interés público. El Tribunal aceptó que la entrevista con la Sra. Coste contenía numerosos detalles sobre la vida privada del Príncipe Alberto y sus sentimientos reales o supuestos que no estaban directamente relacionados con un debate de interés público.

Pese a ello, no cabía duda de que la publicación, tomada en su conjunto y en contexto, y analizada a la luz de los precedentes de la jurisprudencia del Tribunal, también se refería a una cuestión de interés público, debido a que el nacimiento del niño no careció de posibles implicaciones dinásticas y financieras. Además, el Tribunal indicó que las consecuencias del nacimiento sobre la sucesión mencionadas en el artículo, interesaban al público puesto que las reglas del Principado impedían que los niños nacidos fuera del matrimonio tuvieran éxito en el trono; así como la actitud del Príncipe respecto

⁴⁵⁸ Ver párrafos 82 a 153 de la Sentencia.

a toda la situación proporcionaba información sobre su personalidad, lo que en una monarquía hereditaria, podía también preocupar al público. Teniendo en cuenta la naturaleza de la información en cuestión, el Tribunal declaró que la publicación contribuyó a la cobertura de un tema de interés público.

Respecto a la calidad del Príncipe como figura pública prominente, el TEDH indicó que se debió tener en cuenta hasta qué punto la prominencia del Príncipe y las funciones públicas vinculadas a su persona podían influir en la protección que podía otorgarse a su vida privada. Dado que la expectativa de protección de la vida privada podría reducirse debido a las funciones públicas ejercidas, el Tribunal consideró que, para garantizar un equilibrio justo de los derechos en concurrencia, los tribunales nacionales tuvieron que considerar el impacto potencial del estado del Príncipe como Jefe de Estado, y haber intentado determinar las partes del artículo que correspondía al dominio estrictamente privado y las que recaían en la esfera pública.

Así, el TEDH consideró que la publicación tenía que ver con la esfera de la vida privada y pública del Príncipe, debido a que la existencia del niño podía tener repercusión en la naturaleza hereditaria de las funciones del Príncipe como El Jefe de Estado monegasco. Además, se hacía referencia a la vida privada de la Sra. Coste y el niño, de quien solo la madre tenía responsabilidad paterna. La veracidad de las declaraciones de la Sra. Coste sobre la paternidad del Príncipe no fueron cuestionadas por éste, quien lo reconoció públicamente poco después de la publicación del artículo en cuestión.

En este contexto, el Tribunal destacó que los tribunales nacionales no prestaron la debida atención a los principios y criterios para ponderar el

derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la libertad de expresión bien establecidos en su jurisprudencia; por lo que declaró que se había violado el derecho a la libertad de expresión de los reclamantes.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: la libertad de expresión, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, aplicables al caso. En concreto, el Tribunal no se pronuncia en profundidad sobre las norma que impone la restricción, solamente verifica que esté dada por una ley clara, precisa y previsible, sin detenerse a valorar la conexión racional y el fomento del objetivo perseguido. El análisis en profundidad tiene lugar en la etapa concerniente al test de necesidad en una sociedad democrática.

En cuanto a la ponderación, ésta se realizó analizando los elementos que se consideraron no fueron tomados en cuenta por las autoridades nacionales. Así, se expusieron argumentos para ambos derechos en concurrencia: la libertad de expresión y la protección de la vida privada. Aunque no se expresa de forma concreta, es posible reconstruir la intensidad de las escalas de injerencia y de satisfacción de ambos derechos. Así tenemos, que se puede asumir que el peso abstracto de la libertad de expresión fue alto y la intensidad de la injerencia fue grave, pues sancionó a los reclamantes por difundir información que fue calificada como de legítimo interés público.

Respecto a la protección de la vida privada del Príncipe se puede asumir que su peso abstracto fue bajo y la satisfacción fue media, debido a que se trata de una figura pública prominente y la información contenida en el artículo, aunque

se relacionaba con su vida privada, podía tener repercusiones en la línea sucesoria al trono del Principado.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que, se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁵⁹.

Regla-resultado enunciada.- En este caso el TEDH reitera los principios desarrollados en su jurisprudencia respecto a lo que se considera información de carácter público y la calidad de figura pública de quien alega la necesidad de protección de su vida privada. Así, se reitera la regla de que las figuras públicas cuyos asuntos privados tengan repercusión en la esfera de sus funciones públicas, como la línea sucesoria al trono de un Estado, se consideran temas de debate público y de interés general. Por lo que en estos casos, la protección de la libertad de expresión es mucho más amplia que la de la vida privada de la figura pública objeto de la información.

Caso Khoroshenko contra Rusia⁴⁶⁰

Se trata de la queja del reclamante, prisionero a cadena perpetua por el delito de homicidio, sobre varias restricciones a las visitas familiares durante los diez años de su detención en una colonia correccional de régimen especial. El Sr. Khoroshenko alegó que debido a esas severas restricciones en las visitas, perdió el contacto con algunos de sus familiares, incluido su hijo, que ahora se niega a verlo; por lo que consideró que se interfirió su derecho al respeto a la

⁴⁵⁹ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

⁴⁶⁰ TEDH, Gran Sala; Caso Khoroshenko contra Rusia, Sentencia del 30 de junio de 2015, párrafos 106 a 151.

vida privada. Posteriormente, se cambiaron las condiciones de su prisión al régimen ordinario con derecho a visitas más prolongadas de sus familiares.

El reclamante presentó una queja ante el Tribunal Constitucional ruso, impugnando la constitucionalidad de las condiciones de detención a la que fue sometido, no obstante, sus reclamos fueron desestimados a nivel interno. En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley⁴⁶¹

El Tribunal observó que las restricciones impugnadas se impusieron de conformidad con los artículos 125, párrafos 3, 126 y 127, párrafos 3 del Código de Ejecución de Sentencias Penales que establecía que todos los condenados sentenciados a cadena perpetua debían ser colocados bajo estricto régimen una colonia correccional del régimen especial, sujetos a diversas limitaciones para recibir visitas de sus familiares durante diez años. Por lo que, sin mayor análisis determinó que la restricción provenía de una base legal en la legislación rusa y que la propia ley era clara, accesible y lo suficientemente precisa.

(ii) Fin legítimo⁴⁶²

El TEDH declaró que podía ser discutible si las limitaciones del derecho del solicitante a recibir visitas a la cárcel persiguieron un objetivo legítimo en el sentido del Artículo 8.2 del CEDH; no obstante, indicó que dicho análisis no correspondía a esta etapa sino a la valoración de si la medida era necesaria en una sociedad democrática.

⁴⁶¹ Ver párrafos 110 a 112 de la Sentencia.

⁴⁶² Ver párrafos 113 a 115 de la Sentencia.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁶³

El Tribunal reiteró los principios generales respecto a las personas detenidas y sus derechos de visita. Del mismo modo, recordó que los Estados contratantes gozan de un amplio margen de apreciación en cuestiones de política penal; no obstante, las autoridades nacionales tienen la obligación de evitar la ruptura de los vínculos familiares y proporcionar a los reclusos condenados a cadena perpetua un nivel razonablemente bueno de contacto con sus familias, con visitas organizadas tan a menudo como sea posible y de la manera más normal posible.

En este contexto, indicó que existe una considerable variación en las prácticas con respecto a la regulación de las visitas a las cárceles. Sin embargo, la frecuencia mínima de las visitas a las cárceles con respecto a los presos condenados a cadena perpetua no parece ser inferior a una vez cada dos meses, sin que se haga distinciones entre los condenados a cadena perpetua y otros tipos de presos. Así, el Tribunal resaltó que Rusia parecía ser la única jurisdicción que regulaba las visitas familiares de los presos condenados a cadena perpetua con una frecuencia extremadamente baja. Por lo que, se recordó que, en relación con la cuestión de visitas familiares el CEDH exige que los Estados tengan en cuenta los intereses del condenado y sus familiares.

En este sentido, el TEDH observó que la naturaleza muy estricta del régimen del reclamante impedía que los presos condenados a cadena perpetua se mantuvieran en contacto con sus familias y, por lo tanto, complicaba seriamente su reintegración social y rehabilitación en lugar de fomentarlos y

⁴⁶³ Ver párrafos 116 a 151 de la Sentencia.

facilitarlos. Por lo que, el Tribunal determinó que el efecto de esta medida se intensificó porque se aplicó durante un período de tiempo tan largo, así como por la prohibición del contacto físico directo, la separación por una pared de vidrio o barras de metal, la presencia continua de los guardias de la prisión durante las visitas y el límite de un número máximo de visitantes adultos, todo lo cual contribuyó a que el reclamante lograra establecer vínculos estrechos con su hijo durante el período clave de la vida temprana de este último.

De ahí que, el Tribunal concluyó que la medida en cuestión no logró un equilibrio justo entre el derecho del reclamante a la protección de la vida privada y familiar y el objetivo legítimo alegado por el gobierno: la restauración de la justicia, reforma y prevención de nuevos delitos; en consecuencia, se declaró que se había violado el derecho del reclamante al respeto de su vida privada y familiar.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: respeto a la vida privada y familiar, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, aplicables al caso. En concreto, el Tribunal no se pronuncia en profundidad sobre las norma que impone la restricción, solamente verifica que esté dada por una ley clara, precisa y previsible, sin detenerse a valorar la conexión racional y el fomento del objetivo perseguido. El análisis en profundidad tiene lugar en la etapa concerniente al test de necesidad en una sociedad democrática.

En cuanto a la ponderación, ésta se realizó de forma parcial, puesto que el análisis del TEDH se centró mayormente en el derecho alegado violado por el reclamante sin enunciar argumentos respecto al fin perseguido por el Estado, a

saber, la restauración de la justicia, reforma y prevención de nuevos delitos. Debido a que la medida se declaró desproporcionada y violatoria del derecho del reclamante, el Tribunal no se pronunció sobre medidas menos restrictivas. Del mismo modo, no se expresó de forma concreta las intensidades de la injerencia y la satisfacción de los derechos e intereses en concurrencia. Pese a ello, es posible asumir que el peso abstracto del derecho al respeto a la vida privada y familiar fue alto y la intensidad de la injerencia fue grave, pues se privó al reclamante del contacto con sus familiares y, en consecuencia, a la posibilidad de rehabilitarse y reintegrarse socialmente.

Respecto a la restauración de la justicia, reforma y prevención de nuevos delitos, alegada por el Estado como justificación para restringir el derecho del reclamante, se puede asumir que su peso abstracto fue bajo y la satisfacción fue media, debido a que no se logró justificar la conexión racional entre la medida y el fin perseguido. La medida implementada no fomenta el fin alegado por el Estado.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que, se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁶⁴.

Regla-resultado enunciada.- En este caso el TEDH aplica los principios desarrollados en su jurisprudencia respecto a las personas que viven detenidas y su régimen de visitas. Así, se reitera la regla de que los presos en general continúan gozando de todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el CEDH,

⁴⁶⁴ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

excepto el derecho a la libertad; por lo que la aplicación de medidas severas que limitan sus derechos tienen que estar justificadas por un vínculo discernible y suficiente entre éstas y la conducta y circunstancias de la persona en cuestión. El régimen de visitas y el derecho a un nivel de contacto "aceptable" o "razonablemente bueno" con sus familias debe mantenerse sin distinción con una frecuencia que ayude a su reforma y rehabilitación social, aunque se trate de prisioneros a cadena perpetua.

Caso Paradiso y Campanelli contra Italia⁴⁶⁵

Este caso abordó la declaración en abandono y la colocación bajo tutela del servicio social italiano de un niño nacido en Rusia, a partir una donación de óvulos y espermia proporcionada por donantes desconocidos, como resultado de un contrato de maternidad subrogada, firmado entre los reclamantes, quienes no tenían una relación biológica con el niño, y una mujer rusa que renunció a sus derechos sobre él.

El Tribunal destacó que la relación entre los reclamantes y el menor no estaba comprendida en el ámbito de la vida familiar a los efectos del artículo 8 del CEDH, debido a que los reclamantes llevaron a Italia un niño extranjero con el cual no tenían vínculos biológicos, producto de un acuerdo que violaba la prohibición de la reproducción asistida heteróloga.

El Tribunal recordó que en su jurisprudencia se había establecido la posibilidad de aceptar, en determinadas situaciones, la existencia de facto de vida familiar entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de vínculos biológicos o un vínculo legal reconocido, siempre que haya vínculos personales genuinos.

⁴⁶⁵ TEDH, Gran Sala; Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia del 24 de enero de 2017, párrafos 131 a 216.

En el presente caso, el TEDH tuvo en cuenta los factores anteriores, a saber, la ausencia de cualquier vínculo biológico entre el niño y los padres, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los vínculos desde una perspectiva legal, pese a la calidad de los vínculos emocionales desarrollados con el niño, para considerar que no se cumplieron las condiciones que le permitieran llegar a la conclusión de que existió una vida familiar de facto, por lo que descartó que el análisis del caso se hiciera respecto al respeto a la vida familiar de los reclamantes.

Por el contrario, se determinó que lo que estaba en juego era el derecho a respetar la decisión de los reclamantes de convertirse en padres y su desarrollo personal a través de dicho rol. Razón por la cual se declaró que los hechos del caso se analizarían en virtud de la protección a la vida privada de los reclamantes.

(i) Prescrita por la ley⁴⁶⁶

El Tribunal observó que los tribunales nacionales aplicaron la norma italiana sobre conflicto de leyes que establece que la relación legal entre padres e hijos está determinada por la ley nacional que rige al niño en el momento de su nacimiento (Ley de Derecho Internacional Privado). Sin embargo, como el niño fue concebido a partir de los gametos de donantes desconocidos, su nacionalidad no se estableció a los ojos de los tribunales italianos, razón por la que la situación del niño fue equiparada con la de un menor extranjero. De este modo, las autoridades italianas consideraron pertinente aplicar las disposiciones respectivas de la Ley de adopción para dictar la declaración de

⁴⁶⁶ Ver párrafos 168 a 174 de la Sentencia.

abandono del menor y disponer medidas de colocación en tutela bajo el servicio social italiano con miras a una futura adopción del menor. En virtud de lo cual, el Tribunal se dio por satisfecho de que las medidas adoptadas en aplicación de la ley italiana por los tribunales nacionales, dando lugar a la conclusión de que el niño estaba en estado de abandono, fue previsible para los reclamantes

(ii) Fin legítimo⁴⁶⁷

El TEDH aceptó que, debido a que la conducta de los reclamantes fue contraria a la Ley de adopción y la prohibición del uso de técnicas de reproducción artificial heteróloga, las medidas adoptadas con respecto al niño perseguían el objetivo de prevenir el desorden y estaban destinadas a proteger los derechos y libertades de los demás, en este caso los derechos del niño en cuestión.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁶⁸

En primer lugar el Tribunal recuerda principios jurisprudenciales aplicables al caso concreto. Dentro de este análisis incorpora una parte en la que hace referencia a la estricta proporcionalidad de la medida impuesta.

El Tribunal observó que las autoridades nacionales se basaron en dos líneas de argumentación para decretar la medida restrictiva: la ilegalidad de la conducta de los reclamantes respecto al vínculo con el menor y la urgencia de tomar medidas que favorecieran el interés superior del mismo, a quien consideraban en estado de abandono en el sentido de la Ley de adopción,

⁴⁶⁷ Ver párrafos 175 a 178 de la Sentencia.

⁴⁶⁸ Ver párrafos 179 a 216 de la Sentencia.

razón por la que dispusieron separar al menor de los reclamantes a fin de que pueda ser adoptado por otra familia.

En este contexto, el TEDH tomó nota de que el Estado italiano, al prohibir los acuerdos de subrogación, persigue el interés público de proteger a las mujeres y niños potencialmente afectados por prácticas que considera altamente problemáticas desde un punto de vista ético. Así, el Tribunal destacó que el interés público subyacente también es relevante con respecto a las medidas tomadas por un Estado para desalentar a sus nacionales de recurrir al extranjero a tales prácticas que están prohibidas en su propio territorio.

De ahí que, el Tribunal no consideró que los tribunales nacionales estuvieran obligados a dar prioridad a la preservación de la relación entre los reclamantes y el menor. Más bien, opinó que éstos tuvieron que hacer una difícil elección entre permitir que los reclamantes continuaran su relación con el niño, y legalizar así la situación ilegal creada por ellos como un hecho consumado, o tomar medidas para proporcionar al niño una familia de acuerdo con la legislación sobre adopción.

En concreto, el Tribunal no subestimó el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño tuvo en la vida privada de los reclamantes. Así, resaltó que aunque el CEDH no reconoce el derecho a ser padre, el Tribunal no puede ignorar las dificultades emocionales sufridas por aquellos cuyo deseo de ser padres no se ha cumplido o no se puede cumplir. Sin embargo, declaró que los intereses públicos en juego tuvieron un gran peso en la balanza, mientras que, comparativamente, se asignó menos peso al interés de los solicitantes en su desarrollo personal al continuar su relación con el niño. Permitir que el niño se

quedara con los reclamantes, para convertirse en sus padres adoptivos, habría sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos en violación de normas importantes de la ley italiana. Por lo que, el Tribunal aceptó que los tribunales italianos, al considerar que el niño no sufriría un daño grave o irreparable debido a la separación, lograron un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, y no infringieron el amplio margen de apreciación que se les concedió en el presente caso para preservar el interés superior del niño. En consecuencia, se declaró que no hubo violación del derecho a la vida privada de los reclamantes.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: respeto a la vida privada, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, aplicables al caso. En concreto, el Tribunal analizó la estricta proporcionalidad de la medida, ponderando los intereses en concurrencia, a saber, el respeto de la vida privada de los reclamantes y la prevención del desorden, así como la protección de los derechos de los demás, vale decir de los derechos del menor, como intereses públicos preponderantes. Para lograr esto, se pronunció sobre los pesos abstractos de ambos intereses, atribuyéndole un peso abstracto alto a los intereses públicos preponderantes y un peso abstracto bajo al interés de los reclamantes de preservación de su vida privada.

Aunque, el TEDH no se pronuncia sobre la intensidad de la injerencia y la satisfacción de los intereses concurrentes, es posible reconstruirlas en base a las justificaciones expresadas para determinar la relación de precedencia condicionada de un interés sobre otro, anteriormente indicadas. Así, se puede asumir que siendo el peso abstracto de la protección de la vida privada de los

reclamantes bajo, la interferencia fue leve. Respecto a los objetivos perseguidos se puede afirmar que al habérseles otorgado un peso abstracto alto, la intensidad de su realización fue alta también.

En cuanto a la ponderación, ésta fue realizada de forma correcta, equilibrando los intereses concurrentes y argumentando las razones por las cuales se estableció la precedencia condicionada de uno sobre otro, en la manera que ha sido indicada anteriormente.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplicó reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que, se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁶⁹.

Regla-resultado enunciada.- En este caso el TEDH aplica los principios desarrollados en su jurisprudencia respecto a lo que se considera vida familiar y vida privada para establecer los vínculos entre padres e hijos que no son biológicos, o que provienen de la maternidad subrogada o de la adopción. Así, la regla que se determina en este caso, a partir de la aplicación de reglas resultado de ponderaciones anteriores puede enunciarse como: se considera legítima la competencia exclusiva del Estado para reconocer una relación legal entre padres e hijos, en el caso de un vínculo biológico o una adopción legal, con miras a proteger el interés superior del niño y protegerlos contra prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden constituir tráfico de personas. Lo que autoriza a restringir la vida privada de quienes deseen se les reconozca un vínculo legal como padres de un menor.

⁴⁶⁹ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

Caso Delfi AS contra Estonia⁴⁷⁰

Este fue el primer caso en el que el Tribunal examinó una queja sobre la responsabilidad por comentarios generados por los usuarios de un portal de noticias de Internet.

La empresa reclamante, Delfi AS, dueña de una plataforma comercial de noticias, se quejó de que los tribunales nacionales la responsabilizaron por los comentarios ofensivos publicados (incitación al odio y a la violencia) por sus usuarios, de manera anónima, acerca de un artículo sobre una compañía de transbordadores. A petición de los abogados del propietario de dicha compañía, Delfi eliminó los comentarios ofensivos unas seis semanas después de su publicación. Por lo que la empresa alegó la violación de su derecho a la libertad de impartir información.

En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(iv) Prescrita por la ley⁴⁷¹

El TEDH reiteró que verifica que la medida restrictiva no sólo provenga de una ley, sino también su calidad, accesibilidad para la persona interesada y previsibilidad en cuanto a sus efectos. En primer lugar determinó que la normativa aplicable correspondía a las disposiciones de la Constitución, la Ley del Código Civil (Principios Generales) y la Ley de Obligaciones, junto con la jurisprudencia pertinente. Normas que, en su opinión, hicieron previsible que un editor de medios de comunicación con un portal de noticias de internet con un

⁴⁷⁰ TEDH, Gran Sala; Caso Delfi AS contra Estonia, Sentencia del 16 de junio de 2015, párrafos 118 a 162.

⁴⁷¹ Ver párrafos 120 a 129 de la Sentencia.

objetivo económico podría, en principio, ser considerado responsable, en virtud de la legislación nacional, de la publicación de comentarios claramente ilegales en su portal de noticias.

En consecuencia, el Tribunal consideró a la reclamante como editor profesional que debió familiarizarse con la legislación y la jurisprudencia, que permitía que las víctimas de los insultos presenten una demanda y reclamen indemnizaciones por daños y perjuicios. Por lo tanto, el Tribunal consideró que Delfi era consciente los riesgos relacionados con sus actividades y prever, en un grado razonable, las consecuencias que podrían resultar de sus actividades. En este contexto, el TEDH justificó una conexión racional entre la medida impuesta y la normativa existente, la misma que estuvo avalada por la Constitución y otras leyes que concuerdan con el CEDH; por tanto declaró que la restricción impuesta fue prescrita por la ley en el sentido del segundo párrafo del artículo 10 del CEDH.

(v) Fin legítimo⁴⁷²

En esta etapa el Tribunal se conformó con declarar que el fin legítimo de la medida impuesta fue proteger la reputación y los derechos de los demás, sin justificación alguna sobre la conexión racional, utilidad o fomento de la medida en relación con el objetivo perseguido.

(vi) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁷³

En primer lugar el TEDH indicó los elementos de evaluación de la proporcionalidad. Para ello, precisó criterios específicos provenientes de su

⁴⁷² Ver párrafo 130 de la Sentencia.

⁴⁷³ Ver párrafos 140 a 162 de la Sentencia.

jurisprudencia respecto a la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión para valorar si los comentarios publicados por terceros violaron este derecho de la reclamante. Tales criterios son:

Contexto de los comentarios: se determinó que la empresa reclamante constituida como un portal de noticias de Internet gestionado profesionalmente buscaba atraer una gran cantidad de comentarios a sus artículos, pues la posibilidad de realizarlos promovía la visita al portal e incrementaba los beneficios de los ingresos de la empresa por publicidad de anuncios, la cual dependía del número de visitas al portal. Se observó que aunque se impusieron "Reglas de comentarios", no obstante la empresa ejercía un grado sustancial de control sobre ellos. Por lo tanto, se concluyó que Delfi tenía un interés económico en la publicación de comentarios.

La responsabilidad de los autores reales de los comentarios como una alternativa a la responsabilidad de la compañía solicitante: se recordó que el anonimato en internet, aunque importante, debe estar equilibrado con otros derechos e intereses. Sin embargo, en casos como este, puede ser necesario poder identificar y enjuiciar a los autores de comentarios difamatorios. Así, se precisó que la persona lesionada tenía la opción de presentar un reclamo contra la empresa o los autores de los comentarios. Pese a ello, el Tribunal constató la eficacia incierta de las medidas implementadas por la empresa para establecer la identidad de los autores de los comentarios. Ante el riesgo de que la persona difamada no pueda obtener reparación de parte de los autores de los comentarios, el TEDH consideró, conforme a su jurisprudencia, que no resulta desproporcionado que dicha obligación sea asumida por la empresa reclamante.

Las medidas aplicadas por la compañía solicitante para prevenir o eliminar comentarios difamatorios: se verificó que la empresa advirtió que los comentarios con contenido de amenazas, insultos, expresiones obscenas o vulgaridades, o incitación a la hostilidad, violencia o actividades ilegales estaban prohibidos, para lo cual estableció un filtro automático de eliminación de comentarios, en base a ciertas palabras vulgares, y un sistema de notificación para alertar a los administradores. Pese a ello, se determinó que las medidas empleadas fueron insuficientes para evitar comentarios con contenido de expresiones no protegidas por el artículo 10 del CEDH, los que además se mantuvieron en línea durante seis semanas.

A causa de esto, el Tribunal consideró que los derechos e intereses de otros y de la sociedad en su conjunto pueden dar derecho a los Estados a imponer responsabilidad a los portales de noticias de internet si no toman medidas para eliminar sin demora los comentarios claramente ilegales, incluso sin previo aviso de la presunta víctima o de terceros.

Las consecuencias de los procedimientos internos para la compañía solicitante: el Tribunal observó que el pago de 320 euros como concepto de indemnización por daños inmateriales representó una sanción moderada impuesta a la empresa solicitante que sigue siendo una de las publicaciones de internet más grandes de Estonia y, con mucho, la más popular para publicar comentarios, cuyo número ha seguido aumentando.

Por estas razones el Tribunal concluyó que la medida no era desproporcionada para la reclamante, y en consecuencia no se violó el derecho protegido por el artículo 10 del CEDH.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: la libertad de expresión, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, sin justificar la escala de afectación sufrida, solamente se limitó a indicar que la restricción fue proporcionada. Del mismo modo, no se indicó ninguna argumentación sobre la importancia de la satisfacción del derecho contrario: la protección de la reputación y los derechos de los demás, ni la intensidad lograda con la restricción del otro derecho.

Cierto es que, el TEDH aplica una lista de criterios de interpretación jurisprudencial bien definida, no obstante, no determina una escala de valoración concreta para justificar que la restricción de uno de los derechos logra satisfacer la realización del otro. Pese a ello, se podría asumir que la injerencia en la libertad de expresión fue leve y su peso abstracto podría ser alto debido a que no se prohíbe la publicación de los artículos de la reclamante solamente se le sanciona por un control deficiente en los comentarios a dichos artículos bajo. Así, el peso abstracto del derecho la protección de la reputación y los derechos de los demás podría calificarse de alta, quedando dudas sobre la intensidad de su satisfacción, pues a falta de justificación sobre esto, se podría concluir que el Tribunal se conforma con que el fin perseguido simplemente se satisfaga.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplicó reglas de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁷⁴. Sin embargo, falla en el procedimiento argumentativo para justificar las razones de su decisión, incluyendo los

⁴⁷⁴ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

elementos faltantes de argumentación que han sido señalados, a fin de que sea posible, la reconstrucción de una *regla- resultado* más concreta que pueda aplicarse a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Para proteger los derechos e intereses de otros y de la sociedad en su conjunto se puede imponer restricciones a los portales de noticias de internet si no toman las siguientes medidas: identificar a los autores de los comentarios claramente ilegales; establecer un filtro respecto a los comentarios claramente ilegales; y para eliminar sin demora los dichos comentarios. Las medidas restrictivas que se podrían imponer consisten en hacer que la empresa retire los comentarios claramente ilegales y que pague una indemnización al sujeto de dichos comentarios.

Caso Pentikäinen contra Finlandia⁴⁷⁵

El caso se refirió a la aprehensión de un fotógrafo de un periódico durante una manifestación y su posterior detención y condena, ratificada en todas las instancias nacionales por desobedecer a la policía. No obstante, los tribunales no le impusieron ninguna pena, sosteniendo que su delito era excusable ya que, como periodista, se había enfrentado a expectativas contradictorias, derivadas de las obligaciones impuestas, de un lado por la policía y, del otro por su empleador. Por lo que el reclamante alegó la violación su derecho a la libertad de expresión.

En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

⁴⁷⁵ TEDH, Gran Sala; Caso Pentikäinen contra Finlandia, Sentencia del 20 de octubre de 2015, párrafos 82 a 114.

(i) Prescrita por la ley⁴⁷⁶

Sin detenerse en mayor argumentación el Tribunal declaró que la restricción denunciada: aprehensión, detención y condena del reclamante, tuvo una base legal en el derecho finlandés y fue así aplicada por los tribunales internos. En este caso no se pronuncia sobre la calidad de las normas, asume que existen y son claras y previsibles no se hace una reflexión sobre si logra o no promover otro derecho o interés.

(ii) Fin legítimo⁴⁷⁷

En esta etapa el Tribunal se conformó con declarar que el fin legítimo de la medida impuesta fue la protección de la seguridad pública y la prevención del desorden y la delincuencia, sin justificación alguna sobre la conexión racional, utilidad o fomento de la medida en relación con el objetivo perseguido.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁷⁸

En primer lugar el TEDH precisó criterios específicos provenientes de su jurisprudencia respecto a la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión para valorar si los hechos denunciados violaron este derecho del reclamante. Así, el Tribunal recordó que los periodistas no podían estar exentos de su deber de obedecer el derecho penal ordinario, basándose en la protección que brinda el artículo 10 a la labor periodística. Si bien se reconoció que los periodistas a veces enfrentan un conflicto entre el deber general de cumplir con el derecho penal y su deber profesional de obtener y difundir información, no obstante se remarcó que si un periodista tomaba la

⁴⁷⁶ Ver párrafos 84 y 85 de la Sentencia.

⁴⁷⁷ Ver párrafo 86 de la Sentencia.

⁴⁷⁸ Ver párrafos 87 a 114 de la Sentencia.

decisión de desobedecer el derecho penal ordinario, él o ella estaba completamente consciente del riesgo sufrir sanciones legales. En base a estos criterios el Tribunal analizó:

La aprehensión del reclamante: se determinó que tuvo lugar en la zona acordonada. El reclamante no llevaba signos distintivos que lo identificaran como un periodista, no mostró su credencial de prensa. Se observó que llamó a su empleador para discutir si debía abandonar el área o no, por lo que, demostró que entendió, la orden policial le aplicaba a él también. Al no obedecer las órdenes de la policía, a sabiendas, se arriesgó a ser detenido. Se tomó nota de que todos los demás periodistas obedecieron las órdenes de la policía de abandonar el área; y nada sugirió que no podría haber continuado ejerciendo su tarea profesional en las cercanías del área acordonada, si hubiera obedecido la orden.

Detención del solicitante: se confirmó que el Sr. Pentikäinen fue uno de los primeros detenidos interrogado por la policía y se le devolvió su equipo de cámara y el material fotográfico intacto.

Convicción del solicitante: se observó que el Sr. Pentikäinen fue declarado culpable de desobedecer a la policía, sin que se le imponga ninguna sanción. Se subrayó que la conducta por la que fue condenado no fue su actividad periodística sino su negativa a cumplir con una orden policial durante la manifestación, que la policía calificó como disturbio. Además, el TEDH indicó que cualquier interferencia con el ejercicio de su libertad de periodismo fue de alcance limitado, debido a las oportunidades que tuvo a su disposición para cubrir el evento de manera adecuada.

Por estas razones el Tribunal concluyó que la medida no era desproporcionada para el reclamante, y en consecuencia no se violó el derecho protegido por el artículo 10 del CEDH.

Análisis del caso.- El análisis del TEDH se basó en determinar la afectación de uno de los derechos en juego: la libertad de expresión, en base a criterios bien establecidos en su jurisprudencia, aplicables al caso concreto, sin embargo, no justificó la escala de afectación sufrida, solamente se limitó a indicar que la restricción fue proporcionada. Del mismo modo, no se indicó ninguna argumentación sobre la importancia de la satisfacción del derecho o interés contrario: la protección de la seguridad pública y la prevención del desorden y la delincuencia, ni la intensidad lograda con la restricción del otro derecho.

Cierto es que, el TEDH aplica una lista de criterios de interpretación jurisprudencial bien definida, no obstante, no determina una escala de valoración concreta para justificar que la restricción de uno de los derechos logra satisfacer la realización del otro. Pese a ello, brevemente argumentó que la medida impuesta fue mínima, por lo que se podría asumir que la injerencia en la libertad de expresión fue leve y su peso abstracto podría ser alto debido a que la medida no buscó interferir con la labor periodística. Así, el peso abstracto del derecho a la protección de la seguridad pública y la prevención del desorden y la delincuencia podría calificarse de alto, debido a su protección por el derecho penal. Del mismo modo, se podría asumir que la intensidad de su satisfacción fue alta, debido a que la medida impuesta derivada del Derecho penal no fue cuestionada por el Tribunal, por el contrario fue declarada proporcionada.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁷⁹, sin embargo, falla en el procedimiento argumentativo para justificar las razones de su decisión, incluyendo los elementos faltantes de justificación que han sido señalados, a fin de que sea posible, la reconstrucción de una *regla- resultado* más concreta que pueda aplicarse a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Cuando se trata de proteger la seguridad pública y la prevenir el desorden, los periodistas están obligados a obedecer las medidas de seguridad que se impongan a todos siempre y cuando no se les impida realizar su labor periodística.

Caso Karácsony y otros contra Hungría⁴⁸⁰

Este caso se refirió a multas impuestas a diputados húngaros, pertenecientes a dos partidos de oposición, por protestar (medios de comunicación no verbales: mostrar un cartel y pancartas) y así interrumpir el proceso de debate parlamentario sobre tres proyectos de ley presentados para su aprobación. En razón de lo cual, los reclamantes alegaron que se había violado su derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

- (i) Prescrita por la ley⁴⁸¹

⁴⁷⁹ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

⁴⁸⁰ TEDH, Gran Sala; Case Karácsony y otros contra Hungría, Sentencia del 17 de mayo de 2016, párrafos 120 a 162.

El Tribunal verificó que la medida impuesta tenga una base legal, y que ésta sea clara y previsible. Así, se determinó que la conducta de los parlamentarios está regulada por el artículo 49 (4) de la Ley del Parlamento. Consideró que dicha norma puede tener un elemento de vaguedad ("conducta gravemente ofensiva") y estar sujeta a interpretación en la práctica parlamentaria. Se observó que reglas similares a las de Hungría existen en muchos Estados europeos y están redactadas en términos comparativamente vagos. Por ello, el Tribunal opinó que los parlamentarios deberían conocer las normas disciplinarias destinadas a garantizar el funcionamiento ordenado del Parlamento.

De ahí que, El TEDH declaró que los reclamantes debieron prever, en un grado razonable, las consecuencias que su conducta podría acarrear, pues la norma tenía el nivel requerido de precisión y, en consecuencia determinó que la injerencia en la libertad de expresión del reclamante estaba prescrita por ley.

(ii) Fin legítimo⁴⁸²

El Tribunal se conformó con declarar que la injerencia había perseguido dos objetivos legítimos: la prevención de la interrupción del trabajo del Parlamento y la prevención del desorden, así como la protección de los derechos de otros miembros, es decir la protección de los derechos de los demás. En esta etapa no se emitió justificación alguna sobre la conexión racional, utilidad o fomento de la medida en relación con los objetivos perseguidos.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁸³

⁴⁸¹ Ver párrafos 122 y 127 de la Sentencia.

⁴⁸² Ver párrafos 128 a 129 de la Sentencia.

El TEDH precisó criterios específicos provenientes de su jurisprudencia respecto a la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión para valorar si los hechos denunciados violaron este derecho de los reclamantes. Así, el Tribunal recordó:

Primero: la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización de cada individuo. Se aplica no sólo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, sorprenden o perturban, pues esas son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no existe una "sociedad democrática". Se subrayó que al evaluar la proporcionalidad de una interferencia con la libertad de expresión se debe considerar la imparcialidad de los procedimientos y las garantías procesales ofrecidas para su protección⁴⁸⁴; lo que el TEDH denomina el aspecto procesal del principio de proporcionalidad.

Segundo: la libertad de expresión de los miembros del parlamento está constituida por el discurso político. Se ha determinado en diversa jurisprudencia que las interferencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición exigen un control más estricto.

Tercero: el ejercicio de la libertad de expresión en el debate parlamentario es importante, pero no es absoluta, puede estar sujeta a ciertas restricciones o sanciones. En consecuencia, el principio universalmente reconocido de la inmunidad parlamentaria ofrece una protección mejorada, más no ilimitada.

⁴⁸³ Ver párrafos 130 a 162 de la Sentencia.

⁴⁸⁴ Ver párrafos 132 a 136 de la Sentencia.

Cuarto: el principio de autonomía parlamentaria significa que éste tiene derecho a reglamentar sus propios asuntos y hacer cumplir las normas destinadas a garantizar la conducción ordenada de los debates, proteger los derechos de otros miembros del parlamento, es decir, proteger a la minoría de cualquier abuso de parte de la mayoría.

En base a los criterios expuestos, el Tribunal consideró que la forma de protestar (exhibición un cartel o pancarta y uso de megáfono) de los reclamantes en el curso de un debate y una votación no constituye una manera convencional para que un parlamentario exprese su punto de vista sobre un tema en debate; puesto que ellos tuvieron la libertad de transmitir el mismo mensaje en su discurso parlamentario stricto sensu, y si lo hubieran hecho, las consecuencias de sus acciones podrían haber sido completamente diferentes. Por lo que se observó que dicha conducta interrumpió el orden en el Parlamento. De ahí que, el Tribunal aceptó que las sanciones fueron impuestas por el momento, lugar y la forma en que los reclamantes expresaron su protesta, más no por expresar sus puntos de vista sobre las cuestiones debatidas.

En cuanto a la garantía procesal del análisis de proporcionalidad, el Tribunal consideró que cuando se impusieron las sanciones disciplinarias la legislación interna no preveía la intervención del sancionado en el procedimiento pertinente; es decir que no podía ejercer su derecho a ser oído. Ello, porque la sanciones fueron dadas por una propuesta escrita, sin contener ninguna razón relevante que justificara calificar las acciones de los reclamantes como gravemente ofensivas para el orden parlamentario, y fueron adoptadas por el

plenario sin debate. Por lo tanto, se concluyó que el procedimiento no otorgó a los demandantes ninguna garantía procesal.

Así, el Tribunal declaró que la restricción impuesta no fue proporcional para realizar los fines legítimos perseguidos porque no había estado acompañada de garantías procesales adecuadas; por lo que concluyó que se había violado el derecho a la libertad de expresión de los reclamantes.

Análisis del caso.- En este caso, el TEDH invoca precedentes de interpretación aplicables, no obstante, no determina una escala de valoración concreta para justificar que la restricción de uno de los derechos o intereses en concurrencia logra satisfacer la realización del otro. Pese a ello, en base a la argumentación realizada se podría asumir que la injerencia en la libertad de expresión de parlamentarios pertenecientes a una minoría de oposición fue media y el peso abstracto fue alto, debido a que no se sancionó el contenido de la protesta sino la forma de realizarla, sin que se ofrezcan las garantías procesales necesarias. Así, se tendría que el peso abstracto de los dos objetivos legítimos perseguidos, a saber, la prevención de la interrupción del trabajo del Parlamento y la prevención del desorden, así como la protección de los derechos de los demás podría calificarse de alto, debido a su importancia dentro de una sociedad democrática. Del mismo modo, se podría asumir que la intensidad de su satisfacción fue alta, debido a que la medida impuesta fue desproporcionada solamente por no ofrecer garantías procesales a los sancionados.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más

hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁸⁵, sin embargo, falla en el procedimiento argumentativo para justificar las razones de su decisión, incluyendo los elementos faltantes de justificación que han sido señalados, a fin de que sea posible, la reconstrucción de una *regla- resultado* más concreta que pueda aplicarse a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Los parlamentarios tienen derecho a ejercer su libertad de expresión sin perturbar la actividad parlamentaria, no obstante, si a causa de ello se les impusiera medidas restrictivas o sanciones tiene derecho que a ejercer su derecho a ser oídos. Es decir, que todo proceso disciplinario debe respetar las garantías procesales.

Caso Morice contra Francia⁴⁸⁶

El reclamante, abogado de la Sra. Borrel en el proceso judicial seguido sobre la muerte de su esposo, recibió una condena penal, con la orden de pagar una indemnización por daños y perjuicios, a causa de sus observaciones sobre los procedimientos en el caso Borrel, tal como fue reproducido en un artículo publicado en el periódico Le Monde, que contenía el texto de una carta enviada por el Sr. Morice y su colega al Ministro de Justicia en busca de una investigación administrativa a los jueces de la instrucción. En la carta publicada se calificó la actuación de los jueces como "totalmente en desacuerdo con los principios de imparcialidad y equidad ", así como también se hizo referencia a los procesos disciplinarios iniciados contra la Juez M. por la desaparición de documentos del expediente del caso, pendientes aún de resolución ante la

⁴⁸⁵ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

⁴⁸⁶ TEDH, Gran Sala; Caso Morice contra Francia, Sentencia del 23 de mayo de 2015, párrafos 124 a 177.

Comisión del Servicio Jurídico Nacional. En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley⁴⁸⁷

El Tribunal simplemente declaró que la restricción fue prescrita por la ley, concretamente por los artículos 23, 29 y 31 de la Ley de 29 de julio de 1881.

(ii) Fin legítimo⁴⁸⁸

El Tribunal se conformó con declarar que el objetivo de la interferencia fue la protección de la reputación o los derechos de los demás. En esta etapa no se emitió justificación alguna sobre la conexión racional, utilidad o fomento de la medida en relación con el objetivo perseguido.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática⁴⁸⁹

El TEDH precisó criterios específicos provenientes de su jurisprudencia respecto a la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión para valorar si los hechos denunciados violaron este derecho del reclamante. Así, el Tribunal recordó:

Estado del solicitante como abogado y debate sobre un asunto de interés público: se hizo una distinción entre la defensa hecha por un abogado ante un tribunal y fuera de éste. En general se precisó que se debían evitar los comentarios que representen un ataque personal gratuito sin una conexión directa con los hechos del caso. Por ello, el TEDH opinó que las declaraciones del reclamante no contribuyeron directamente a la defensa de su cliente, pues

⁴⁸⁷ Ver párrafo 142 de la Sentencia.

⁴⁸⁸ Ver párrafo 143 de la Sentencia.

⁴⁸⁹ Ver párrafos 144 - 177 de la Sentencia.

ya se había asignado un juez diferente a la instrucción. Aunque se observó que los casos penales son de interés público; no obstante, se subrayó que los abogados no podían equipararse a los periodistas, pues no eran testigos externos con la tarea de informar al público, sino que estaban directamente involucrados en la defensa de una de las partes en un proceso. Pese a ello, se aceptó que las declaraciones hechas se refirieron a deficiencias en la investigación judicial, lo que se consideró como un asunto de interés público.

Base fáctica de las observaciones impugnadas y contexto del caso: se hizo una distinción entre las declaraciones de hecho (*statements of facts*) y los juicios de valor (*value judgments*). Se calificó a las declaraciones del reclamante como juicios de valor, los cuales no eran susceptibles de prueba; sin embargo se aceptó que tenían una base fáctica suficiente: la falta de algunas piezas de prueba en el expediente; las observaciones objetivas hechas por el nuevo juez de la instrucción; la acusación del fiscal de que las partes civiles en el proceso “orquestraron su manipulación”; la remoción de los jueces anteriores por las fallas detectadas en el expediente; entre otros; convencieron al Tribunal que las declaraciones del reclamante tuvieron una estrecha relación con los hechos del caso y no fueron engañosas ni gratuitas. Así, se remarcó que si bien es cierto que se debía proteger la autoridad del Poder Judicial, no obstante, dicha protección no podía tener el efecto de prohibir a las personas expresar sus puntos de vista, a través de juicios de valor con una base fáctica suficiente, sobre asuntos de interés público relacionado con el funcionamiento del sistema de justicia, pues en casos como el presente, los límites de la crítica aceptable a los miembros del poder judicial se consideraron más amplios que los de los ciudadanos ordinarios.

Sanciones impuestas: el Tribunal enfatizó que incluso cuando una sanción sea la más leve posible, o, como en el presente caso, sea de naturaleza levemente moderada constituye una interferencia en la libertad de expresión que puede igualmente tener un efecto disuasivo. Además de otras repercusiones negativas en la imagen y la merma de la confianza de los clientes en las aptitudes del reclamante como abogado. En virtud de lo cual, el Tribunal declaró que la sanción impuesta al Sr. Morice no se limitaba a una condena penal, no fue la más leve posible; por el contrario, fue de cierta importancia y dicha severidad fue justificada en su condición de abogado.

Por las consideraciones expuestas el TEDH concluyó que la restricción en el derecho a la libertad de expresión del Sr. Morice fue desproporcionada y, en consecuencia se había violado dicho derecho.

Análisis del caso.- Se puede apreciar que el TEDH invocó precedentes de interpretación aplicables a las circunstancias del caso sin determinar una escala de valoración concreta de los dos derechos en concurrencia. No obstante, al analizar la sanción impuesta indicó que ésta no fue la más leve posible sino que fue de cierta importancia. Por lo que se podría asumir que la injerencia en la libertad de expresión de un abogado defensor que hace declaraciones (juicios de valor) sobre la calidad de la labor de un juez con una base fáctica suficiente y comprobable fue media, y el peso abstracto fue alto, debido a que se trató de una cuestión de interés público y no violó los derechos de los demás (de los jueces objeto de las declaraciones). Así, se tendría que el peso abstracto del objetivo legítimo perseguido podría calificarse de bajo y la intensidad de su satisfacción podría haber sido calificada media o leve, debido

a que el TEDH manifestó que los límites de la crítica aceptable a los miembros del poder judicial son más amplios que los de los ciudadanos ordinarios.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁴⁹⁰, sin embargo, falla en el procedimiento argumentativo para justificar las razones de su decisión, incluyendo los elementos faltantes de justificación que han sido señalados, a fin de que sea posible, la reconstrucción de una *regla- resultado* más concreta que pueda aplicarse a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Se reitera la regla consistente en que las declaraciones (juicios de valor) sobre la calidad de la labor de un funcionario público, como un juez, que tenga una base fáctica suficiente y comprobable no viola los derechos de los demás, pues los límites de la crítica aceptable a los dichos funcionarios, como son los miembros del poder judicial, son más amplios que los de los ciudadanos ordinarios.

Caso Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina⁴⁹¹

Los reclamantes son cuatro ONGs de la Comunidad Islámica de Bosnia y Herzegovina y el Consejo de intelectuales bosnios. Los hechos del caso se centraron en una carta escrita por estas ONGs a las más altas autoridades del distrito, quejándose de la candidatura de la Sra. MS para el puesto de directora de la emisora de radio y televisión multiétnica de su distrito, debido a su

⁴⁹⁰ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

⁴⁹¹ TEDH, Gran Sala; Caso Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafos 66 – 122.

presunta falta de ética con respecto a los musulmanes y a las personas de etnia bosnia. En razón de lo cual, pidieron a las autoridades que rechazaran su candidatura, alegando que no tenía las cualidades profesionales o morales necesarias para desempeñar dicha función. Poco tiempo después, la carta fue publicada en varios periódicos.

Como resultado, la Sra. M.S. entabló un proceso de difamación civil contra los reclamantes, en el que se ordenó a los reclamantes que se retractaran de sus declaraciones, a falta de lo cual tendrían que pagar 1,280 euros por daños no pecuniarios. El tribunal también les ordenó que publicaran la sentencia en la radio, la televisión del Distrito de Brčko y en dos periódicos, asumiendo los costos de dichas publicaciones. Ante la falta de cumplimiento del fallo, los reclamantes tuvieron que pagar alrededor de 1,445 euros por la ejecución de la sentencia.

En virtud de estos hechos, los reclamantes se quejaron de que las sanciones impuestas en el contexto de la responsabilidad civil por difamación, violó su derecho a la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del CEDH. En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley

El TEDH consideró que la sentencia que declaró como responsables de difamación a los reclamantes constituyó una injerencia en su derecho a la libertad de expresión. Así, valoró que dicha injerencia tuviera una base jurídica en el Derecho interno, a través de una ley que declaró cumplía con las características de accesibilidad y previsibilidad debido a que las partes no cuestionaron dichas características. Y aun cuando, en la etapa oral se quiso

alegar la falta de previsibilidad de la norma, el Tribunal rechazó dicha posibilidad debido a que, en su opinión, los reclamantes no presentaron argumentos jurídicos, basados en los términos de las disposiciones jurídicas nacionales o en la jurisprudencia nacional, para indicar que su caso caía fuera del ámbito de aplicación de dicha norma. Por tanto, el Tribunal indicó que no existía prueba alguna que sugiera que los reclamantes no estaban en condiciones de prever, en un grado razonable, la interpretación y aplicación del tribunal de apelación nacional respecto a la Ley de Difamación de 2003⁴⁹².

(ii) Fin legítimo

En esta parte el tribunal simplemente se conformó con realizar una declaración de legitimidad del objetivo. Justificó dicha declaración en la falta de impugnación de ambas partes, quienes, en su opinión, aceptaron que efectivamente la norma en cuestión perseguía el fin legítimo de proteger la reputación o los derechos de los demás, sin verificar la existencia de una conexión entre la medida y el objetivo perseguido por la restricción⁴⁹³.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática

En esta etapa el TEDH realiza un ejercicio de ponderación a fin de determinar si las medidas sancionatorias nacionales no fueron proporcionales y, en consecuencia, violaron la libertad de expresión de los reclamantes. Así, asumió que su tarea debe realizarla ponderando de un lado los intereses de los reclamantes protegidos por el derecho a libertad de expresión (artículo 10 del Convenio), y de otro, el interés de la Sra. M.S. en proteger su reputación (artículo 8 del Convenio).

⁴⁹² Ver párrafos 68 a 72 de la Sentencia.

⁴⁹³ Ver párrafo 73 de la Sentencia.

En primer lugar el Tribunal recordó los principios generales establecidos en su jurisprudencia respecto a ambos derechos y seleccionó las reglas aplicables al caso en concreto, basándose en la similitud de los hechos. En segundo lugar, determinó una serie de variables a analizar del lado de cada derecho en juego.

Con respecto a la libertad de expresión, el TEDH se centró en analizar:

a) La naturaleza de la información emitida: se materializó a través de cuatro denuncias de irregularidades atribuibles a la Sra. M.S. y un comentario supuestamente hecho por ésta en un periódico; acciones en las que se afirmó mostró desprecio por los diferentes segmentos étnicos y religiosos de la sociedad bosnia⁴⁹⁴.

b) La autenticidad de la información emitida: se recordó que las ONGs en la realidad desempeñan el papel de vigilantes sociales, a quienes se les garantiza una protección similar a la que se otorga a la prensa, por lo que tuvieron la obligación de verificar la veracidad de los denuncias presentadas contra la Sra. M.S., requisito que además es inherente al Código de Ética y Conducta para las ONGs. El Tribunal observó, haciendo eco de lo determinado por los tribunales nacionales, que los reclamantes no hicieron esfuerzos razonables para verificar la veracidad de los hechos que sustentaron sus denuncias⁴⁹⁵.

c) El interés público involucrado en la información: las denuncias hechas contra la Sra. M.S. en su calidad de funcionaria pública que aplicaba a un cargo público (director de una radio pública), acusada de una presunta falta de ética con respecto a los musulmanes y a las personas de etnia bosnia, se hicieron para evitar que sea elegida, por lo que, se aceptó sin duda que cualquier

⁴⁹⁴ Ver párrafos 10 a 106 de la Sentencia.

⁴⁹⁵ Ver párrafos 107 a 117 de la Sentencia.

discusión sobre el equilibrio étnico de los empleados en el servicio público resultaba un tema importante de interés público⁴⁹⁶;

d) *La calidad de los destinatarios de la información*: aunque las autoridades destinatarias de las denuncias no tenían competencia directa en los procedimientos para el nombramiento del director de la radio se aceptó que tenían un interés legítimo en recibir dicha información;

e) *La severidad de la sanción impuesta*: se consideró que la orden que obligó a los reclamantes a retractarse de las denuncias efectuadas, dentro de los quince días, o pagar una indemnización por daños y perjuicios no resultaba contraria al CEDH. Del mismo modo, se aceptó que el monto de los daños a pagar no fue, en sí mismo, desproporcionado⁴⁹⁷.

En cuanto la protección de la reputación de la sra. M.S, se valoró cuanto conocida era ésta, considerando que era empleada de una radio pública, tenía la calidad de funcionaria pública; por lo que el Tribunal determinó que los límites de la crítica aceptable debían ser, en consecuencia, más amplios en este caso que en el de un profesional ordinario⁴⁹⁸.

En referencia a las alegaciones en su contra, se valoró el contenido, forma y consecuencias de la información transmitida a las autoridades pertinentes. Así, el Tribunal señaló que las denuncias habían podido representar a la Sra. M.S. como una persona irrespetuosa y despectiva en sus opiniones y sentimientos sobre los musulmanes y los bosnios étnicos; que la naturaleza de las acusaciones cuestionaban seriamente su idoneidad como editora del programa

⁴⁹⁶ Ver párrafos 92 a 94 de la Sentencia.

⁴⁹⁷ Ver párrafos 118 a 120 de la Sentencia.

⁴⁹⁸ Ver párrafos 98 y 99 de la Sentencia.

de entretenimiento en una estación de radio pública multiétnica; y como candidata para el puesto de directora de dicha radio.

En el mismo sentido, el TEDH indicó que aunque las denuncias se presentaron a un número limitado de funcionarios del Estado, mediante correspondencia privada, ello no eliminó su posible efecto perjudicial en las perspectivas de carrera de la Sra. M.S. como funcionaria pública y su reputación profesional como periodista. Además, se hizo énfasis en que dichas acusaciones, no verificadas de forma razonable, y por tanto, difamatorias, se filtraron a la prensa; por lo que, era concebible que su publicación permitiera la posibilidad de un debate público que agravara el daño a la dignidad y la reputación profesional de la Sra. M.S.⁴⁹⁹.

A través de las razones expuestas, el TEDH declaró que no se violó el derecho a la libertad de expresión de los reclamantes. En el ejercicio de ponderación realizado, el Tribunal identificó diversos principios enunciados en su jurisprudencia aplicables a los hechos similares en el caso que le ayudaron a determinar si la injerencia era desproporcionada. Los principios, inherentes al contenido del derecho a la libertad de expresión, referentes al contenido, calidad y veracidad de la información no se cumplieron; por lo que, en contrapartida eso determinó la afectación sufrida por el derecho al honor y buena reputación.

Si bien el TEDH indica de forma concreta que realiza un análisis de proporcionalidad, no obstante, no enuncia el grado de afectación de los derechos en concurrencia, tampoco determina la escala que permita medir la

⁴⁹⁹ Ver párrafos 104 a 106 de la Sentencia.

intensidad de injerencia en un derecho y la intensidad de realización del otro. Pese a ello, se podría asumir que la injerencia en el derecho al honor y buena reputación fue alta o grave aunque la justificación que se hace sobre el efecto nocivo que tuvieron las denuncias de los reclamantes sobre el honor y la reputación de la Sra. M.S. puede ser calificada de mínima. Además, el Tribunal enfatizó que parte de su análisis se enfocó en la ponderación efectuada por las autoridades nacionales, la cual según el Tribunal debe tenerse en consideración.

Análisis del caso.- En este examen, el TEDH no es exhaustivo para evaluar la alegada medida restrictiva impuesta a los reclamantes. Se podría asumir que como el objeto del examen era verificar si el proceso civil de difamación y sus consecuentes sanciones constituían una restricción desproporcionada al derecho a la libertad de expresión de los reclamantes, justifica que el Tribunal se conforme sólo con indicar que tanto retractarse de las denuncias efectuadas o pagar una indemnización por daños y perjuicios son medidas convencionales, sin determinar si este era el único medio o si existían medios alternativos más eficaces para promover la realización del fin de proteger el honor y la buena reputación.

Con todo se puede resaltar que el TEDH tiene una jurisprudencia bastante desarrollada en la que se han establecido principios generales sobre diversos ámbitos del contenido del derecho a la libertad de expresión, que son aplicables, en la medida de lo posible, a los hechos similares de un caso concreto, para determinar estándares de precedencia de un derecho o interés sobre otro derecho interés. Por lo que, en este caso se pudo ver que se encuentra distante de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la

*ponderación orientada por reglas*⁵⁰⁰, razón por la cual sería de mucho interés que al justificar las razones de su decisión incluyera todos los elementos faltantes que han sido anteriormente señalados.

Regla-resultado enunciada.- Se reiteran reglas anteriormente determinadas respecto a que si bien es cierto que los límites de la crítica al desempeño de un funcionario público son más amplios que los otorgados a un profesional ordinario, no obstante, dicha crítica debe ser veraz y poder ser verificables de forma razonable.

Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia⁵⁰¹

Las empresas reclamantes publicaron, en el periódico Veropörssi, datos fiscales que proporcionaban detalles sobre ingresos y activos de 1.2 millones de personas (que representaba un tercio de todos los sujetos pasivos en Finlandia). Posteriormente las empresas iniciaron un servicio de SMS que permitía a las personas obtener información tributaria de una base de datos. Ante esto, el Defensor del Pueblo de Protección de Datos interpuso un recurso administrativo sobre la forma y el alcance del procesamiento de los datos impositivos por parte de dichas empresas. El caso se desestimó en consideración a la actividad periodística que les otorgaba el derecho a una excepción a las disposiciones de la Ley de datos personales. Un tiempo después, se presentó otra demanda, en la cual se determinó que la publicación de toda la base de datos no podía considerarse actividad periodística sino procesamiento de datos personales, para la cual los reclamantes no estaban

⁵⁰⁰ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

⁵⁰¹ TEDH, Gran Sala, Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafos 120 a 199.

facultados. Por ello, se les prohibió procesar la información tributaria en la medida efectuada con la difusión y el servicio de SMS. Las empresas se quejaron de que la prohibición de procesar y publicar los datos fiscales violó sus derechos en virtud del artículo 10 (libertad de expresión) y el artículo 14 (prohibición de la discriminación), alegando que había significado tanto censura como discriminación frente a otros periódicos que pudieron continuar publicando dicha información. En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley

El Tribunal precisó que la restricción tuvo como base legal la ley de protección de datos personales, la que consideró había sido lo suficientemente previsible para que las empresas reclamantes se dieran cuenta de que sus actividades se considerarían ilícitas en virtud de esa legislación, y que la recopilación y difusión masiva de datos no quedarían cubiertas por los privilegios concedidos por la ley a los fines periodísticos.

(ii) Fin legítimo

Con respecto a la cuestión de si la restricción tuvo un objetivo legítimo, el Tribunal valoró la integración de la normativa finlandesa con las disposiciones relativas a protección de datos de la UE; las pruebas aportadas en el caso, correspondientes a los trabajos preparatorios de la normativa, la interpretación hecha por el TJUE y las autoridades finlandesas en la materia; el número de habitantes afectados ascendiente a la cifra de 1.2 millones de personas; las acciones del Defensor de Protección de Datos basadas en denuncias concretas de individuos que alegaban que se había infringido su privacidad.

Como resultado determinó que la protección de la privacidad constituía el núcleo de la legislación de protección de datos que las autoridades nacionales tenían la obligación de garantizar; por lo que quedó convencido de que la restricción del derecho a la libertad de expresión de los reclamantes fue impuesta para proteger la reputación o los derechos de los demás⁵⁰².

Esta vez, el TEDH cumplió con verificar la existencia de una conexión racional entre la restricción impuesta y el objetivo perseguido, así como realizó la justificación jurídica y fáctica que lo llevaron a determinar la existencia de dicha conexión.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática

En primer lugar el Tribunal recordó los principios generales establecidos en su jurisprudencia respecto al margen de apreciación nacional y a la ponderación de los derechos protegidos por el artículo 8 y 10 de CEDH. Subrayó que su tarea consiste en verificar que las autoridades nacionales hayan llevado a cabo dicha ponderación de conformidad con los criterios establecidos en su jurisprudencia. En este sentido, recordó que si ésta es realizada conforme a dichos principios requerirá fuertes razones para sustituir su criterio por el de los tribunales nacionales.

Posteriormente, precisó que los criterios pertinentes que se deben utilizar para ponderar el derecho a la libertad de expresión y el derecho a proteger la reputación o los derechos de los demás han sido definidos hasta el momento como: contribución a un debate de interés público; grado de notoriedad de la persona afectada; tema de la noticia; conducta previa de la persona interesada;

⁵⁰² Ver párrafos 155 a 159 de la Sentencia.

contenido, forma y consecuencias de la persona afectada; forma en que se obtuvo la información y su veracidad; y la gravedad de la pena impuesta a periodistas o editores. Así, puntualizó que dichos criterios pueden transponerse al presente caso, aunque algunos pueden tener más o menos relevancia dadas las circunstancias particulares del mismo.

Con respecto a la libertad de expresión, el TEDH se centró en analizar:

*a) Contribución de la publicación impugnada a un debate de interés público*⁵⁰³: el TEDH estableció primero el contexto específico de Finlandia, donde el acceso público a documentos oficiales, incluidos los datos fiscales, está regulado desde la Constitución así como en normativa específica con reglas y restricciones legales claras. En segundo lugar, a partir de su análisis sobre el espíritu de la normativa correspondiente, determinó que la prensa gozaba de una amplitud de acceso mayor que la destinada a quienes no realizan este tipo de actividad; que existía una distinción entre el procesamiento de datos para fines periodísticos y su difusión. Ésta no implicaba automáticamente un interés público en diseminar en masa dichos datos en forma inalterada sin ningún tipo de análisis. Por tanto, declaró que no estaba convencido de que la publicación de los datos en la manera y en la medida hecha por las empresas reclamantes contribuyera al debate de interés público, o que pudiera ser asimilado al discurso político, que tradicionalmente goza de una posición privilegiada en su jurisprudencia.

⁵⁰³ Ver párrafos 167 a 178 de la Sentencia.

*b) Objeto de la publicación impugnada y qué tan conocidos eran los interesados*⁵⁰⁴: se precisó que los datos publicados comprendían apellidos y nombres de personas físicas, montos de ingresos ganados y no ganados, así como detalles relacionados con sus activos netos sujetos a impuestos. Se publicó en forma de una lista alfabética, organizada por municipio y nivel de ingresos respecto a un total de 1,2 millones de personas (un tercio de la población finlandesa). Todos ellos eran contribuyentes, pero muy pocos eran personas con altos ingresos netos, o figuras públicas como políticos, funcionarios públicos, u otras personas que pertenecían a la esfera pública a causa de sus actividades o altos ingresos. La mayoría pertenecían a grupos de bajos ingresos. Por tanto, se concluyó que la publicación se enfocó en la recopilación y difusión masiva sin procesamiento de datos de personas que no pertenecen a un grupo de interés.

*c) Manera de obtener la información y su veracidad*⁵⁰⁵: se estableció que los reclamantes obtuvieron la información a través de personas contratadas para recopilar datos tributarios manualmente en las oficinas tributarias locales. Así, eludieron las limitaciones legales referentes al acceso ilimitado de datos, concedido para fines periodísticos y no para difusión como catálogos o listas. Se observó que nunca se discutió la exactitud de la información publicada debido a que fue obtenida de una fuente oficial; por lo que se asumió que cumplió el requisito de ser precisa.

⁵⁰⁴ Ver párrafos 179 a 181 de la Sentencia.

⁵⁰⁵ Ver párrafos 182 a 185 de la Sentencia.

*d) Contenido, forma y consecuencias de la publicación y consideraciones relacionadas*⁵⁰⁶: se recordó que la accesibilidad de datos al público no implicaba necesariamente su difusión en una extensión ilimitada en un periódico y a través de un servicio de SMS, pues claramente se trataba de una manera y una medida no previstas por el legislador. Se subrayó que las salvaguardas legales no buscaban interferir con la recopilación de datos, ni con la libertad de los periodistas de elegir noticias que llaman su atención, actividades que constituyen el corazón de la libertad de prensa, sino más bien con la difusión de datos en la forma antes descrita. De esta manera, en opinión del Tribunal, las autoridades nacionales lograron conciliar (con un amplio margen de apreciación) los derechos a la privacidad y la libertad de expresión

*e) La severidad o gravedad de la sanción impuesta*⁵⁰⁷: se puntualizó que la sanción no prohibió a los reclamantes publicar datos fiscales o seguir publicando, aunque se les recordó que debían hacerlo de manera coherente con las normas finlandesas y europeas sobre protección de datos y acceso a la información.

En síntesis, el TEDH concluyó que la publicación de los datos fiscales en la forma y en la medida descrita no contribuyó a un debate de interés público, por lo que se rechazó que dicha difusión se haya realizado exclusivamente con fines periodísticos en el sentido de la legislación nacional y europea; en razón de lo cual declaró que no hubo violación del artículo 10 del CEDH.

Análisis del caso.- Al inicio del análisis, el TEDH recuerda que los derechos enunciados en los artículos 10 y 8 del CEDH merecen el mismo respeto, por lo

⁵⁰⁶ Ver párrafos 186 a 196 de la Sentencia.

⁵⁰⁷ Ver párrafo 197 de la Sentencia.

que considera importante que las autoridades nacionales alcancen un justo equilibrio entre ambos, tratando siempre de conservar su esencia⁵⁰⁸. En este sentido, se puede afirmar que el Tribunal otorga el mismo peso abstracto a ambos derechos, tomando en serio el contenido de los derechos para verificar su realización en la mayor medida que sea posible y evitar su violación.

Para determinar si las razones de imposición de la medida restrictiva resultaban pertinentes, suficientes y proporcionales a los objetivos legítimos perseguidos, el TEDH valoró la ponderación efectuada por los tribunales nacionales, indicando que si ésta fue efectuada en base a los criterios bien establecidos en su jurisprudencia, no tendría razones para apartarse de los resultados obtenidos, debidos que las autoridades nacionales están en mejor posición de evaluar los hechos gracias al margen de apreciación nacional del que disfrutan.

En el ejercicio de ponderación realizado, el Tribunal identificó diversos principios enunciados en su jurisprudencia aplicables a los hechos similares en el caso que le ayudaron a determinar si la injerencia era desproporcionada. Los principios, inherentes al contenido del derecho a la libertad de expresión, referentes al contenido, consecuencias e impacto de la información para promover un debate de interés público no se cumplieron; por lo que, se determinó que la restricción de este derecho fue legítima y en contrapartida se logró promover la realización del derecho a la vida privada en los términos del artículo 8 del CEDH.

⁵⁰⁸ Ver párrafo 123 de esta sentencia.

Si bien el TEDH indica de forma concreta que realiza un análisis de proporcionalidad, no obstante, no enuncia el grado de afectación de los derechos en concurrencia, tampoco determina la escala que permita medir la intensidad de injerencia en un derecho y la intensidad de realización del otro. En cuanto a la protección del derecho a la vida privada el TEDH queda en silencio, pues ni siquiera invoca principios generales que pudieran aplicarse para medir la intensidad de la realización de dicho derecho.

En este caso, se considera un poco difícil reconstruir las escalas de afectación y de realización. Al declararse que la restricción fue legítima, ello podría significar que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión fue mínima o leve; no obstante, no queda muy claro que se haya logrado una alta o máxima realización del objetivo perseguido debido a que el TEDH no enuncia justificación alguna al respecto. Pese a ello, se podría asumir que la injerencia en la libertad de expresión es leve y su peso abstracto bajo; debido a que el tratamiento de los datos difundidos no se encontraban protegidos dentro de la actividad periodística; por lo que el peso abstracto del derecho a la vida privada podría calificarse de alto con una satisfacción que podría ir de media a alta, debido a que la información difundida no promovía un debate de interés público y concernía a personas que no eran figuras públicas conocidas ni tampoco funcionarios públicos. Además, el Tribunal enfatizó que parte de su análisis se enfocaba en la ponderación efectuada por las autoridades nacionales, la cual según el Tribunal debe siempre tenerse en consideración.

En este examen, el TEDH no es exhaustivo para evaluar la alegada medida restrictiva impuesta a los reclamantes. Se podría asumir que como el objeto del examen era verificar si el proceso de reclamo y sus consecuentes sanciones

constituían una restricción desproporcionada al derecho a la libertad de expresión de los reclamantes, lo que fue descartado, justifica que el Tribunal se conforme con señalar que la prohibición de publicación de datos fiscales en la forma hecha es una medida que no perjudica a las empresas reclamantes, sin pronunciarse sobre la existencia de medios alternativos más eficaces o que promuevan la realización del fin de proteger la vida privada. Podría afirmarse que el TEDH considera que dicha medida promueve el fin de proteger la vida privada.

Con todo se puede resaltar que el TEDH tiene una jurisprudencia bastante desarrollada en la que se han establecido principios generales sobre diversos ámbitos del contenido del derecho a la libertad de expresión, que son aplicables, en la medida de lo posible, a los hechos similares de un caso concreto, para determinar estándares de precedencia de un derecho o interés sobre otro derecho interés. Por lo que, en este caso se pudo comprobar que el TEDH aplica el resultado de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se encuentra distante de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁵⁰⁹, razón por la cual sería de mucho interés que al justificar las razones de su decisión incluyera todos los elementos faltantes de argumentación que han sido señalados, a fin de que sea posible, a través de dicha argumentación, formular una *regla- resultado* que sea aplicable a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Se reiteran y aplican reglas anteriores respecto a que las publicaciones con fines periodísticos deben contener información que

⁵⁰⁹ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

sea de interés público y sobre personas o figuras públicas, de lo contrario la libertad de expresión puede ser restringida legítimamente para proteger la reputación o los derechos de los demás.

Caso Izzetin Doğan y otros contra Turquía⁵¹⁰.

Se sometió al TEDH determinar si hubo violación del derecho a la libertad de conciencia y religión en virtud de la negativa de las autoridades turcas de proporcionar a los solicitantes, seguidores de la fe Alevi (la segunda fe del país en términos de número de seguidores), el servicio religioso público que, según éstos, se proporcionaba exclusivamente a los ciudadanos seguidores de la rama sunita del Islam. Los reclamantes solicitaron a las autoridades turcas que la comunidad Alevi recibiera servicios religiosos en la forma de un servicio público; que los líderes religiosos Alevi sean reconocidos como tales y reclutados como funcionarios públicos; que a sus lugares de culto se les reconociera dicho estatus; y que los subsidios estatales estuvieran disponibles para su comunidad. Todas sus solicitudes fueron rechazadas con el argumento de que la fe Alevi es considerada por las autoridades como un movimiento religioso dentro del Islam, más parecido a las "órdenes sufíes". En síntesis, los demandantes se quejaron de que dicho rechazo implicó una evaluación de su fe por parte de las autoridades, en violación del deber de neutralidad e imparcialidad del Estado con respecto a las creencias religiosas. En consecuencia, el TEDH analizó la restricción alegada en base al siguiente test:

- (i) Prescrita por la ley

⁵¹⁰ TEDH, Gran Sala; Caso Izzetin Doğan y otros contra Turquía, Sentencia del 26 de abril de 2016, párrafos 98 – 135.

El análisis realizado por el TEDH se centró en verificar la calidad de la ley en cuestión, usando el parámetro de accesibilidad y previsibilidad en cuanto a sus efectos. Del mismo modo, señaló que corresponde principalmente a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales, interpretar y aplicar la legislación nacional.

Esta valoración fue hecha en virtud de lo afirmado por los reclamantes quienes señalaron diferentes leyes y algunas disposiciones constitucionales en base a las cuales fueron denegadas sus peticiones. El TEDH asimismo valoró lo afirmado por el Estado respecto a dicha normativa en base a las sentencias emitidas por los tribunales internos respecto al caso. El análisis efectuado se apoyó en la prueba aportada por ambas partes. Por tanto, el tribunal afirmó que no existían razones válidas para cuestionar la interpretación de las disposiciones pertinentes por parte de dichos tribunales, y aceptó que la interferencia denunciada cumplía con esta parte del análisis.

(ii) Fin legítimo

El TEDH manifestó que las partes no expresaron la opinión de si la injerencia en cuestión había tenido un objetivo legítimo. No obstante, señaló que del expediente se desprende que los tribunales nacionales se refirieron a la protección del orden público, por lo que aceptó el supuesto de que la injerencia en cuestión persiguió un objetivo legítimo, a saber, la protección del orden público.

En esta parte el tribunal simplemente se conformó con realizar una declaración en base a las pruebas aportadas sin verificar la existencia de una conexión entre la medida y el objetivo perseguido por la restricción.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática

En esta etapa el TEDH recuerda en primer lugar los principios generales de interpretación del artículo 9 referidos al contenido de la libertad religiosa, afirmando que constituyen el fundamento de una sociedad democrática⁵¹¹.

Para determinar si las razones de imposición de la medida restrictiva resultaban pertinentes, suficientes y proporcionales a los objetivos legítimos perseguidos, especificó que se aseguró de que las autoridades nacionales, sobre la base de una evaluación aceptable de los hechos pertinentes, aplicaron normas coherentes con los principios consagrados en el artículo 9 del CEDH. El deber del Estado de neutralidad e imparcialidad hacia la fe Alevi.

Así, el Tribunal observó que el corolario del deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es la protección de la autonomía de las comunidades religiosas establecido en su jurisprudencia; por lo que, precisó que sólo las máximas autoridades espirituales de una comunidad religiosa, y no el Estado (o incluso los tribunales nacionales), pueden determinar a qué fe pertenece esa comunidad. En esta valoración el TEDH se sirvió además de la normativa y la interpretación judicial de dichas normas, de las consecuencias fácticas sobre la comunidad que profesa la fe Alevi. En particular, el Tribunal prestó atención al contexto histórico en el que se originó en Turquía la fe Alevi: "que apareció durante la era otomana (...) distinta del sunnismo"⁵¹².

En cuanto al efecto que tiene la falta de reconocimiento del Estado sobre esta comunidad religiosa como tal, el TEDH consideró que se afecta la capacidad de este grupo religioso para ejercer su libertad religiosa de manera plena

⁵¹¹ Ver párrafo 105 de esta sentencia.

⁵¹² Ver párrafo 122 de esta Sentencia.

debido a que: en primer lugar, la capacidad de construir lugares de culto es incierta y está sujeta a la buena voluntad de las autoridades centrales o locales. En segundo lugar, las comunidades en cuestión no pueden recibir oficialmente donaciones de miembros o subsidios estatales. En tercer lugar, como carecen de personalidad jurídica, estas comunidades no tienen acceso a los tribunales por derecho propio, sino solo a través de fundaciones, asociaciones o grupos de seguidores. Además, las comunidades religiosas que intentan operar como una fundación o una asociación se enfrentan a numerosos obstáculos legales. Por ello, el Tribunal afirmó que resultó claro en el presente caso que el Estado demandado se extralimitó en su margen de apreciación al elegir las formas de cooperación con las diversas religiones. Además, de la falta de implementación de un marco jurídico claro que gobierne a las minorías religiosas no reconocidas, como la religión Alevi, lo cual, según el Tribunal, puede causar numerosos problemas jurídicos, organizativos y financieros adicionales a todas las comunidades no reconocidas.

En consecuencia, el TEDH concluyó que la actitud de las autoridades del Estado hacia la comunidad Alevi, sus prácticas religiosas y sus lugares de culto es incompatible con el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado y con el derecho de las comunidades religiosas a una existencia autónoma. En razón de lo cual declaró que la interferencia denunciada no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática.

Análisis del caso.- Se aprecia que el Tribunal no realizó el test de la medida menos restrictiva, no se pronunció sobre la posibilidad de la existencia de una medida que logre la realización del objetivo perseguido a través de una menor restricción de los derechos invocados. Aun cuando el TEDH no buscó la

posibilidad de implementación de una medida menos restrictiva, al menos realizó el trabajo de justificar las razones de su decisión con los argumentos razonables. Esto es, que de forma indirecta nos indicó una posibilidad de reconstruir las intensidades que atribuyó a cada interés en juego. Indicó casos similares en los que algunos de los hechos fueron similares y citó principios generales desarrollados a lo largo de su jurisprudencia que pudo aplicar a este caso concreto.

En la tercera etapa del análisis, el TEDH no realiza un ejercicio de ponderación acorde con la estructura doctrinaria del principio de proporcionalidad, pues no realiza la comparación entre la intensidad de la restricción respecto de la realización del objetivo legítimo perseguido. Aunque no indica la medida de las escalas utilizadas para justificar su decisión, es posible asumir que la intervención en el derecho a la libertad religiosa podría ser grave (afecta a un grupo religioso determinado) y su peso abstracto alto. Así, el peso abstracto del derecho a la protección del orden público podría calificarse de bajo y la intensidad de su satisfacción media, debido a que el reconocimiento de un grupo religioso no implica un peligro para la sociedad.

En este caso se pudo comprobar que el TEDH aplicó reglas generales de ponderaciones anteriores, en la medida en que haya similitud con los hechos del caso; por lo que se aleja de una *ponderación ad hoc* y se encamina más hacia la *ponderación orientada por reglas*⁵¹³, sin embargo, falla en el procedimiento argumentativo para justificar las razones de su decisión, incluyendo los elementos faltantes de justificación que han sido señalados, a fin

⁵¹³ En el sentido expresado en este trabajo en la parte correspondiente a la aplicación del análisis de proporcionalidad.

de que sea posible, la reconstrucción de una *regla- resultado* más concreta que pueda aplicarse a casos futuros similares.

Regla-resultado enunciada.- Recuerda la regla bien establecida en su jurisprudencia respecto a que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es la protección de la autonomía de las comunidades religiosas, por lo que no le corresponde determinar a qué fe pertenece una comunidad religiosa. La falta de reconocimiento de un grupo religioso a causa de ello puede significar el desconocimiento de sus prácticas religiosas lo cual ocasiona una restricción al ejercicio de su libertad religiosa que no resulta legítima.

Caso S.A.S. contra Francia⁵¹⁴

La reclamante es una devota musulmana que usa burka y niqab de acuerdo con su fe religiosa, cultura y convicciones personales. Como explicó, vestir burka es cubrirse de cuerpo completo, lo que incluye una malla sobre la cara, y llevar niqab es portar un velo de cara completa que deja una abertura sólo para los ojos. La demandante también hizo hincapié en que ni su esposo ni ningún otro miembro de su familia la presionaban para que se vistiera de esa manera. Añadió que usaba niqab en público y en privado, pero no sistemáticamente. Por lo tanto, estaba contenta de no usar niqab en ciertas circunstancias, pero deseaba poder usarlo cuando quisiera. Por último, subrayó que su objetivo no era molestar a los demás, sino sentirse en paz interior consigo misma.

En primer lugar el TEDH determinó que la prohibición de llevar prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro en lugares públicos plantea cuestiones

⁵¹⁴ TEDH, Gran Sala; Caso de S.A.S. contra Francia, Sentencia del 1 de julio de 2014, párrafos 106 – 159.

relacionadas con el derecho al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH) de las mujeres que desean usar el velo integral por motivos relacionados a sus creencias, y en términos de su libertad para manifestar esas creencias (Artículo 9 del CEDH). En consecuencia, el TEDH analizó la legitimidad de la restricción en base al siguiente test:

(i) Prescrita por la ley

En esta etapa el Tribunal señaló que la prohibición se encontraba prescrita en una ley y que la demandante no negó que estas disposiciones cumplieran los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal relativa al artículo 8 § 2 y el artículo 9 § 2 del Convenio. No se pronunció sobre las características de la ley, como hace en algunos casos, no hizo referencia a la prueba aportada o a la defensa o ausencia de defensa del Estado demandado al respecto; en definitiva no se pronunció sobre la idoneidad, o falta de ella, de la norma.

(ii) Fin legítimo

Esta vez el TEDH afirmó que para que sea compatible con el Convenio, una limitación de las libertades consagradas en los artículos 8 y 9 del CEDH debe, en particular, perseguir un objetivo que pueda vincularse con uno de los enumerados en esta disposición. En cuanto a ello, el Tribunal reconoció que su práctica es bastante sucinta cuando verifica la existencia de un objetivo legítimo en el sentido del segundo párrafo de los artículos 8 a 11 del CEDH. No obstante, en el presente caso consideró pertinente analizar los dos objetivos enunciados por el Estado como fundamento de la medida restrictiva. Así, el Gobierno argumentó que la Ley perseguía dos objetivos legítimos: la seguridad

pública y el respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática.

En relación con el objetivo seguridad pública, el Gobierno manifestó que la impugnada prohibición de llevar prendas en lugares públicos destinadas a ocultar la cara satisface la necesidad de identificar a las personas para prevenir el peligro de la seguridad de las personas y los bienes y luchar contra el fraude de identidad. En el segundo objetivo planteado como el respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática, el Estado hizo referencia a tres valores: respeto de la igualdad entre hombres y mujeres, respeto de la dignidad humana y respeto para los requisitos mínimos de la vida en sociedad.

Según el TEDH, el primer objetivo se encuentra entre los objetivos señalados en los incisos 2 de los artículos 8 y 9 del CEDH. En cuanto a los tres valores subsumidos en la segunda justificación, manifestó que no corresponden expresamente con ninguno de los objetivos legítimos enumerados en el segundo párrafo de los artículos 8 y 9 del Convenio. Señaló que tales valores podrían vincularse dentro de los objetivos "orden público" y la "protección de los derechos y libertades de los demás". El primer objetivo fue rechazado por el TEDH bajo el argumento de que éste no se menciona en el inciso 2 del artículo 8, además de que el Estado no se refirió a él ni en sus observaciones escritas ni en su respuesta a la pregunta que se les hizo al respecto durante la audiencia pública, prefiriendo centrar su análisis únicamente en la protección

de los derechos y libertades de los demás como justificación de la cuestionada prohibición⁵¹⁵.

Con respeto a los tres valores indicados por el Estado, los cuales fueron vinculados con el objetivo protección de los derechos de los demás, el TEDH hizo un breve análisis de cada uno. En este sentido, descartó el respeto a la dignidad humana debido a que no se le presentó ninguna evidencia capaz de llevarlo a considerar que las mujeres que usan el velo de cara completa buscan expresar una forma de desprecio en contra de las personas que encuentran o de otra manera ofender la dignidad de los demás. En cuanto, a la igualdad de género, el TEDH consideró que un Estado no puede invocarla para prohibir una práctica que las mujeres reclaman en el contexto del ejercicio de sus derechos consagrados en las disposiciones invocadas; en razón de lo cual esta justificación fue descartada. Finalmente, sobre el “respeto de los requisitos mínimos de vida en la sociedad” manifestó que se puede aceptar que la barrera levantada contra otros por un velo que oculta la cara es percibida por el Estado demandado como una violación del derecho de los demás a vivir en un espacio de socialización que facilita la convivencia. Dicho esto, señaló que, en vista de la flexibilidad de la noción de "convivencia" y el consiguiente riesgo de abuso, era imperativo realizar un examen cuidadoso de la necesidad de la limitación impugnada.

Considerando lo expuesto, se aprecia que el TEDH trató de hacer una conexión entre el propósito de la medida prohibitiva y los objetivos legítimos planteados por el Estado, determinando que la medida podría fomentar los

⁵¹⁵ Ver párrafo 115 de la Sentencia.

finés de proteger la seguridad pública y los derechos de los demás, objetivos regulados como legítimos por el CEDH.

(iii) Necesaria en una sociedad democrática

Una vez hecha la conexión racional entre la medida prohibitiva y dos objetivos legítimos el TEDH realizó el análisis de la necesidad de dicha medida.

Con respecto al objetivo de seguridad pública, el Tribunal observó que el propósito del legislador al imponer la medida cuestionada fue satisfacer la necesidad de identificar a las personas para prevenir el peligro en su seguridad y bienes y para combatir el fraude de identidad. Consideró, sin embargo, que la prohibición no era necesaria en una sociedad democrática para cumplir ese objetivo. En opinión del Tribunal, la medida tiene impacto en los derechos de las mujeres que desean usar el velo integral por razones religiosas; por lo que una prohibición general del uso en lugares públicos de prendas de vestir diseñadas para ocultar su rostro podría considerarse como proporcional únicamente en el contexto de una amenaza general a la seguridad pública.

Así, subrayó que el Gobierno no demostró que la prohibición entrara en ese contexto. Tomó nota de que las mujeres afectadas estaban obligadas a renunciar por completo a un elemento de su identidad que consideraban importante, junto con la manera elegida de manifestar su religión o sus creencias, mientras que el objetivo perseguido por el Estado podía alcanzarse con una medida menos restrictiva, como imponer la simple obligación de mostrar su rostro e identificarse cuando se establezca la existencia de un riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad, o cuando circunstancias particulares provoquen una sospecha de fraude de identidad.

Como se puede apreciar, el TEDH realiza dos etapas del análisis de proporcionalidad tal y como ha sido planteado en la presente investigación. En primer lugar, verifica que para lograr el mismo fin u objetivo se podría haber planteado una medida de prohibición menos general y lesiva. Pues, indicó que la amenaza a la seguridad pública no es el contexto general, puede darse en situaciones específicas que deben ser establecidas por el Estado, en caso de riesgo contra la seguridad o sospecha de fraude de identidad, ante las cuales se tendría la obligación (para todos) de mostrar el rostro e identificarse. Con esto, el Tribunal señaló una posible medida menos restrictiva de los derechos alegados violados que podía cumplir el fin normativo en igualdad de condiciones⁵¹⁶.

En segundo lugar, a través del análisis realizado, se ve que hace un pequeño ejercicio de ponderación en el que hace referencia a las intensidades de la restricción en comparación con la de la realización del objetivo perseguido. Aunque no indica las escalas específicas de intensidad aplicadas en su razonamiento, no obstante, se puede asumir que determina que la interferencia es alta o grave sobre los derechos de las mujeres que desean usar el velo integral por razones religiosas debido a que están obligadas a renunciar por completo a un elemento de su identidad que consideran importante, junto con la forma elegida de manifestar su religión o sus creencias, mientras que el objetivo aludido por el Estado se realiza de forma alta o máxima. Del mismo modo, encuentra una posible medida menos restrictiva que implicaría la prohibición en circunstancias específicas que no son generalizadas y que tendrían que ser previamente determinadas; las cuales supondrían una

⁵¹⁶ Ver párrafo 138 y 139 de la Sentencia.

interferencia media en los derechos de todas las mujeres que desean usar el velo integral por razones religiosas y que al mismo tiempo permitiría alcanzar de manera alta o máxima el fin perseguido de proteger la seguridad pública.

En cuanto al objetivo protección de los derechos y libertades de los demás, el Estado se refirió a la necesidad de garantizar el respeto del conjunto mínimo de valores de una sociedad democrática abierta (o de vivir juntos). Así, aceptó la opinión de que los individuos tal vez no deseen ver, en lugares abiertos a todos, prácticas o actitudes que cuestionarían fundamentalmente la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas, que, en virtud de un consenso establecido, forman un elemento indispensable de la vida comunitaria dentro de la sociedad en cuestión.

En este sentido, el Tribunal admitió que podría parecer excesivo, en vista del reducido número de mujeres involucradas, optar por una prohibición general y amplia. Señaló además que la prohibición tenía un impacto negativo significativo en las mujeres que optaron por usar el velo integral por razones relacionadas con sus creencias.

Si bien el Tribunal consideró que la prohibición controvertida afectaba de forma amplia principalmente a determinadas mujeres musulmanas, observó, sin embargo, que dicha restricción correspondía a toda prenda de vestir en público que tuviera el efecto de ocultar la cara y que ésta no estaba expresamente basada en la connotación religiosa de la ropa en cuestión, sino únicamente en el hecho de que ocultaba la cara. Además, determinó que las sanciones previstas para el incumplimiento de la prohibición se encontraban entre las más ligeras que se podrían haber establecido: una multa de 150 euros como

máximo y la posible obligación de seguir un curso de ciudadanía, además o en lugar de la multa.

Respecto a la cuestión de si se debía permitir o no llevar el velo completo en lugares públicos, el TEDH señaló que constituye una elección de la sociedad; en virtud de lo cual afirmó que tal decisión corresponde a un equilibrio que ha sido alcanzado por medio de un proceso democrático dentro de la sociedad en cuestión. Por lo tanto, remarcó que en cuestiones de política general, sobre las cuales las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden diferir ampliamente, se debe otorgar un peso especial al papel del responsable de las políticas internas; dicho de otra manera, concedió un amplio margen de apreciación al Estado en la imposición de la medida restrictiva.

Para justificar este argumento el Tribunal refirió que la falta de una base común entre los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la cuestión del uso del velo integral en los lugares públicos respaldaba su conclusión de que el Estado tenía un amplio margen de apreciación. Por lo tanto, la prohibición impugnada podría considerarse proporcionada al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones de convivencia. En conclusión, el Tribunal declaró que no se violó ni el artículo 8 ni el artículo 9 del CEDH.

Análisis del caso.- En este caso, el TEDH vuelve a hacer un pequeño ejercicio de ponderación al comparar la intensidad de la restricción respecto de la realización del objetivo legítimo perseguido. Aunque no indicó la medida de las escalas utilizadas para justificar la preferencia del interés mayoritario sobre el interés minoritario representado por la protección de los derechos consagrados en los artículos 8 y 9 del CEDH, es posible asumir que consideró que la

intervención en ambos derechos podría ser alta o grave (afecta a un grupo determinado de mujeres) para lograr el objetivo de preservar la convivencia, el fomento de relaciones interpersonales, la vida comunitaria;,, basado en que el grupo en cuestión es minoritario y que la prohibición no se origina en creencias religiosas sino en la cuestión de fomentar la vida en sociedad, es decir proteger el derecho de los demás a relacionarse en sociedad.

Con este argumento justificó que se otorgue preferencia a la protección de una mayoría sobre una minoría. Otro argumento con el que justificó su elección es que el TEDH considera que la cuestión del uso del velo es social, debe decidirse en el seno de cada sociedad, puesto que no existe un consenso europeo, la implementación de la medida según el Tribunal se logró en base a un consenso democrático social, razón por la que decidió que su intervención debía ser moderada en el control, dicho de otro modo le concedió mayor peso a la realización de los intereses mayoritarios sobre los intereses de una minoría.

En el análisis realizado el Tribunal no realiza el test de la medida menos restrictiva, no se pronuncia sobre la posibilidad de la existencia de una medida que logre la realización del objetivo perseguido a través de una menor restricción de los derechos invocados. Ello, podría ser el resultado de haber considerado que la intensidad de la restricción no fue alta o grave para lograr la realización del fin perseguido, cuya intensidad de promoción se podría afirmar si fue alta o máxima; por lo que declaró que ésta fue legítima y proporcional y, en consecuencia, no se violaron los artículos 8 y 9 del CEDH.

Aun cuando el TEDH no buscó la posibilidad de implementación de una medida menos restrictiva, al menos realizó el trabajo de justificar las razones de su decisión con los argumentos antes resumidos. Esto es, que de forma indirecta nos indicó una posibilidad de reconstruir las intensidades que atribuyó a cada interés en juego. Indicó casos similares en los que algunos de los hechos fuera parecidos y citó principios generales desarrollados a lo largo de su jurisprudencia que pudo aplicar a este caso concreto.

III. Análisis respecto a la forma de evaluar las restricciones a los DF efectuada por el TEDH

El estudio de los casos seleccionados ha sido bastante esclarecedor de la forma como el TEDH realiza el control de la legitimidad de las restricciones a los DF. En esta parte se exponen las conclusiones a las que se ha llegado en virtud de dicho estudio. A fin de mantener una secuencia ordenada de análisis se ha optado por exponer las conclusiones y críticas, respetando las etapas del test que el TEDH utiliza en su examen de control de restricciones dividido en 3 partes: 1) la restricción debe estar prescrita por ley, 2) la restricción debe estar a proteger un fin legítimo y 3) la restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática, conforme se detalla a continuación.

1) La restricción debe estar prevista por la ley

En general cuando un caso es sometido al TEDH, éste es competente para examinar las normas internas aplicables a los hechos que hayan podido constituir una violación de los derechos protegidos por el CEDH⁵¹⁷. Con mucha

⁵¹⁷ TEDH; Caso Lingüístico belga, sentencia del 23 de julio de 1968, párrafo. 1. TEDH; Caso De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy"), Sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 49. TEDH; Caso Handyside contra Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafo 42.

más razón lo hace en el caso de analizar las medidas que pueden significar restricciones de derechos, pues el CEDH solamente autoriza las restricciones o injerencias si están previstas por una ley. Éste constituye el primer criterio de análisis del TEDH. Si la medida no ha sido prescrita por la ley, simplemente el TEDH no continúa el análisis de los otros requisitos previstos por el Convenio y determina la violación del derecho protegido⁵¹⁸.

En la versión inglesa del CEDH se hace referencia a las expresiones “*prescribed by the law*” en los artículos 9, 10 y 11 y “*in accordance with the law*” en el artículo 8 del CEDH. En la versión francesa se utiliza la expresión “*prévues par la loi*” en todos los artículos citados. Lo mismo sucede en la versión en castellano del Convenio, se utiliza la expresión “*previsto por la ley*”.

Respecto a esta diferencia de redacción en las versiones auténticas del texto del CEDH en estos idiomas, el TEDH señaló que estas versiones aunque pueden no ser idénticas deben ser interpretadas de manera que concilien al máximo, y de forma apropiada, su significado a fin de lograr el objeto del tratado, es decir la protección efectiva de los derechos garantizados en el CEDH⁵¹⁹.

A continuación, se extraen algunos estándares establecidos en la jurisprudencia del TEDH respecto a los requisitos que analiza para determinar

⁵¹⁸ TEDH; Caso Malone contra Reino Unido, Sentencia del 2 de agosto de 1984, párrafos 67 - 68. TEDH; Caso Khan contra Reino Unido, Sentencia del 4 de octubre de 2000, párrafos 26 - 28. En este caso se determinó que no existió una ley que regulara la vigilancia encubierta de parte de las autoridades estatales que fuera lo suficientemente clara que indicara adecuadamente las circunstancias y condiciones en las cuales las autoridades podían utilizar este tipo de vigilancia. TEDH; Caso Armstrong contra el Reino Unido, Sentencia del 16 de julio de 2002, párrafos 19 y 20.

⁵¹⁹ TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 29 de abril de 1979, párrafo 48. TEDH; Caso Silver y otros contra Reino Unido, Sentencia del 25 de marzo de 1983. TEDH; Caso Serif contra Grecia, Sentencia del 14 de diciembre de 1999, párrafos 85 - 86.

la procedencia de una limitación o restricción impuesta por los Estados a un derecho fundamental:

(i) La restricción debe estar basada en la ley

El TEDH entiende la expresión “prevista por la ley” en el sentido de ley considerada como una fuente primaria de Derecho en un sistema jurídico determinado, o como el conjunto del Derecho interno vigente, ya sea legislativo, administrativo, reglamentario al momento en que suceden los hechos, o jurisprudencial, comprendidos los tratados de derechos humanos que el Estado haya ratificado. Es decir que, otorga prioridad al contenido material de una norma sobre la formalidad que se debe seguir para su adopción⁵²⁰.

Para el Tribunal el concepto de ley abarca tanto a las leyes escritas como a las no escritas⁵²¹, pues tiene en cuenta que existen dos tipos de Sistemas jurídicos en Europa: el continental y el Common law. Así, señala que no se deben exagerar las diferencias entre ambos Sistemas debido a que la ley escrita también reviste importancia en los países del Common law; y la jurisprudencia desempeña tradicionalmente un papel importante en los países del Sistema

⁵²⁰ TEDH; Caso Silver contra Reino Unido, Sentencia del 25 de octubre de 1983, párrafos 85 y 86. TEDH; Caso Barthold contra Alemania, Sentencia del 23 de marzo de 1985, párrafos 40 - 46. TEDH; Caso Kruslin contra Francia, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafos 28 - 29. TEDH; Caso Groppera Radio AG y otros contra Suiza, Sentencia del 28 de marzo de 1990, párrafo 68. TEDH; Caso Casado Coca contra España, Sentencia del 24 de febrero de 1994, párrafo 43. TEDH; Caso Otto Preminger Institut contra Austria, Sentencia del 20 de setiembre de 1994, párrafos 44 – 45. TEDH; Caso Leyla Sahin contra Turquía, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, párrafos 84 – 98. TEDH; Caso Gorzelik y otros contra Polonia, Sentencia del 17 de febrero de 2004, párrafos 64 – 65. TEDH, Gran Sala; Caso Rotaru contra Rumania, Sentencia de 4 de mayo de 2000, párrafo 52. TEDH; Maestri contra Italia, Sentencia de 17 de febrero de 2004, párrafo 30.

⁵²¹ TEDH; Caso Sunday Times, Sentencia del 29 de abril de 1979, párrafo 47. TEDH; Caso Silver y otros contra Reino Unido, Sentencia del 25 de octubre de 1983, párrafo 86. TEDH; Caso Dudgeon contra Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 1981, párrafo 44. TEDH; Caso Chappell contra Reino Unido, Sentencia del 30 de marzo de 1989, párrafo 52.

continental, hasta el punto de que muchas ramas de la ley positiva reflejan en gran parte el resultado de las decisiones adoptadas por los tribunales⁵²².

Vale decir que, al referirse a la expresión "ley", no sólo toma en cuenta que ésta sea considerada como normativa vigente, sino que, además valora la interpretación efectuada por los tribunales competentes, en virtud de lo que es necesario en cualquier circunstancia práctica⁵²³.

Al referirse a la ley, el TEDH también ha considerado las disposiciones constitucionales. No obstante, a diferencia del requisito de previsibilidad que exige a las leyes, tiene en cuenta que las normas constitucionales, en su calidad de normas supremas de un sistema jurídico, son normas de una naturaleza diferente y, en consecuencia, el nivel de precisión de éstas se acepta que sea más general; es decir menos específico que el que se espera de la legislación ordinaria en un sistema jurídico interno⁵²⁴.

(ii) *La ley debe ser de fácil acceso*

Este criterio hace referencia a la publicidad de la ley. Es decir que, se haga conocer su existencia, sea posible saber su contenido y especialmente que su conocimiento sea de fácil acceso para los individuos⁵²⁵.

⁵²² TEDH; Caso Müller y otros contra Suiza, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 29. TEDH; Caso Salabiaku contra Francia, Sentencia del 7 de octubre de 1988, párrafo 29. TEDH; Caso Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, párrafo 30.

⁵²³ TEDH; Caso Huvig contra Francia, Sentencia de 24 de abril de 1990, párrafo 28.

⁵²⁴ TEDH; Caso Rekvenyi contra Hungría, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 34. TEDH; Caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 31.

⁵²⁵ TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 49. TEDH; Caso Silver y otros contra el Reino Unido, Sentencia del 25 de marzo de 1983, párrafo 87. TEDH; Caso Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido, Sentencia del 13 de julio de 1995, párrafo 37. TEDH; Caso Silver y otros contra el Reino Unido, Sentencia del 25 de marzo de 1983, párrafo 87.

Del mismo modo, el Tribunal ha considerado que se deben publicar también las directivas, órdenes o instrucciones, que si bien no tienen carácter de ley, regulan procedimientos, los mismos que deben ser conocidos por los destinatarios de dichos procedimientos⁵²⁶.

(iii) La ley debe ser previsible

La previsibilidad es comprendida como precisión en la ley. Dicho de otro modo, se verifica que su contenido defina las condiciones y modalidades de las limitaciones, evitando resultar arbitraria. Debe ser precisa para permitir al individuo adecuar su conducta en conformidad con ésta, de manera que pueda darse cuenta, en un grado razonable, que de no comportarse de la forma requerida debe enfrentar consecuencias determinadas⁵²⁷.

Si bien es cierto que el Tribunal indica que la previsión implica tener certeza en las consecuencias; no obstante, entiende que dicha certeza o precisión no significa que la ley describa las situaciones de forma taxativa, que deba ser excesivamente rígida y determinar todo tipo de circunstancias o contextos, prever todo tipo de eventualidades que se puedan presentar en la realidad. Toda vez que exigir este tipo de precisión significaría que la ley no pueda adecuarse a diferentes situaciones⁵²⁸, y no sea capaz de responder ni dar solución a los cambios sociales.

⁵²⁶ TEDH; Caso Silver y otros contra Reino Unido, Sentencia del 25 de octubre de 1983, párrafo 88.

⁵²⁷ TEDH; Caso Sunday Times, contra Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 49. TEDH; Caso Dudgeon contra Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 1981, párrafos 42 – 44. TEDH; Caso Olsson contra Suecia, Sentencia del 24 de marzo de 1988, párrafo 61. TEDH; Caso Ezélin contra Francia, Sentencia del 26 de abril de 1991. TEDH; Caso Rieme contra Suecia, Sentencia del 22 de abril de 1992, párrafos 57 – 64. TEDH; Caso SW contra Reino Unido, Sentencia del 22 de noviembre de 1995, párrafo 36.

⁵²⁸ Cfr. TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979, párrafo 49, TEDH; Caso Silver y otros contra Reino Unido, Sentencia del 25 de octubre de 1983, párrafo 88. TEDH; Caso Barthold contra Alemania, Sentencia del 25 de marzo de 1985, párrafo 47. TEDH; Caso Chorherr contra Austria, Sentencia del 25 de agosto de 1993. TEDH;

En este contexto, el TEDH valora además la calidad de la norma. Así pues, su examen no sólo se circunscribe a la existencia de una ley, sino que considera que una norma tiene calidad si es compatible con los principios del Estado de Derecho (rule of law), expresamente mencionado en el Preámbulo del CEDH. Así, el Tribunal establece que debe prevalecer siempre la preeminencia de la ley como salvaguarda ante el abuso de poder, especialmente en las situaciones en que los funcionarios públicos tienen amplios poderes discrecionales⁵²⁹.

Si bien no se exige que tenga una precisión absoluta, si se valora que la norma indique las situaciones específicas en que pueden darse las restricciones, las personas que pueden ser destinatarias de éstas, las autoridades designadas para aplicarla. Asimismo, se considera pertinente que la ley indique con claridad razonable el alcance y la forma de ejercicio de las facultades discrecionales concedidas a los poderes públicos⁵³⁰, a fin de poder ejercer control sobre éstas;

Caso Rekvenyi contra Hungría; Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 34. TEDH; Caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 31. véase TEDH; Caso Karácsony y otros contra Hungría, Sentencia de 17 de mayo de 2016, párrafo 124. TEDH; Caso Delfi AS contra Estonia, Sentencia del 16 de junio de 2015, párrafo 121.

⁵²⁹ TEDH; Caso Golder contra Reino Unido, Sentencia del 21 de febrero de 1975, párrafo 34. TEDH; Caso Klass y otros contra Alemania, Sentencia del 6 de setiembre de 1978, párrafos 42, 49. TEDH; Caso Silver y otros contra Reino Unido, Sentencia del 25 de octubre de 1983, párrafos 88 - 90. TEDH; Caso Malone contra Reino Unido, Sentencia del 2 de agosto de 1984, párrafos 67 - 68, 79. TEDH; Caso Halford contra Reino Unido, Sentencia del 25 de junio de 1997, párrafo 49. TEDH; Caso Khan contra Reino Unido, Sentencia del 4 de octubre de 2000, párrafo 26. TEDH; Caso Hasan y Chaush contra Bulgaria, Sentencia del 26 de octubre de 2000, párrafos 84 - 87. TEDH; Caso P.G. y J.H. contra Reino Unido, Sentencia del 25 de setiembre de 2001, párrafo 44

⁵³⁰ Esto ha sido reiterado en casos relacionados con actos de servicios secretos y los casos de escuchas telefónicas, en los que se han establecido los siguientes estándares: (I) Indicar las personas a las que se les puede interceptar el teléfono vía orden judicial; (II) Especificar la naturaleza de los delitos por los cuales se puede dar la orden judicial; (III) El tiempo de duración; (IV) Establecer el procedimiento de redacción de informes; (V) Uso y destrucción de las grabaciones. Cfr. TEDH; Caso Huvig y Kruslin contra Francia, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 32. TEDH; Caso Kruslin contra Francia, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 33. TEDH; Caso Valenzuela Contreras contra España, Sentencia del 30 de julio de 1998, párrafo 46. TEDH; Caso Malone Sentencia del 2 de agosto de 1984, párrafo 68. TEDH; Caso Calogero Diana contra Italia, Sentencia del 15 de noviembre de 1996, párrafo 86. TEDH; Caso Halford contra Reino Unido, Sentencia 25 de junio de 1997, párrafos 49 - 51. TEDH;

lo que normalmente le corresponde al Poder Judicial, pues este tipo de control constituye la mejor garantía de independencia, imparcialidad y debido proceso⁵³¹.

Incluso, en el caso de normas constitucionales, a las que se acepta tengan una generalidad superior que las leyes ordinarias, el Tribunal establece que deben tratar de ser lo suficientemente claras para permitir ajustar una conducta determinada, sin perjuicio de la interpretación de las mismas a la que siempre se tiene derecho. La valoración que el TEDH realiza de las normas constitucionales incluye el examen de las normas de desarrollo constitucional para determinar si la restricción a un DF no resulta ilegítima⁵³².

Ante la generalidad o la vaguedad de las disposiciones legales, el análisis se centra en la interpretación y la aplicación de este tipo de normas a cada caso⁵³³. Aun cuando las normas sean lo suficientemente claras, el Tribunal subraya la necesidad de que se realice la interpretación adecuada de las mismas. Considera que la aplicación de las normas implica un elemento

Caso Petra contra Rumanía; Sentencia del 23 de setiembre de 1998, párrafos 37 - 38. TEDH; Caso Kopp contra Suiza, Sentencia del 25 de marzo de 1998, párrafos 72 – 75. TEDH; Caso Lambert contra Francia, Sentencia del 24 de agosto de 1998, párrafos 26 – 28. TEDH; Caso Amann contra Suiza, Sentencia del 16 de febrero de 2000, párrafos 55 - 62. TEDH; Caso Khan contra Reino Unido, Sentencia del 12 de mayo de 2000, párrafos 26 – 28. TEDH; Caso Rotaru contra Rumanía, Sentencia del 4 de mayo del 2000, párrafos 59 - 62. TEDH; Caso Akkoc contra Turquía, Sentencia del 10 de octubre del 2000, párrafo 91. TEDH; Caso Mahmu Kaya contra Turquía, Sentencia del 28 de marzo del 2000, párrafo 80. TEDH; Caso Avsar contra Turquía, Sentencia del 10 de julio de 2001, párrafos 414 - 415. TEDH; Caso Bolutif contra Suiza, Sentencia del 2 de agosto de 2001, párrafo 48. TEDH; Caso Labita contra Italia, Sentencia del 6 de abril de 2000, Gran Sala, párrafos 176 - 177. TEDH; Caso Niedbala contra Polonia, Sentencia del 4 de julio de 2000, párrafo 81. TEDH; Caso Radaj contra Polonia; Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párrafo 24. TEDH; Caso Taylor-Sabori contra Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 2002, párrafos 18 – 19. 2000, párrafo 91. TEDH; Caso Mahmu Kaya contra Turquía, Sentencia del 28 de marzo del 2000, párrafo 80. TEDH; Caso Avsar contra Turquía, Sentencia del 10 de julio de 2001, párrafos 414 - 415.

⁵³¹ TEDH; Caso Huvig contra Francia, Sentencia del 24 de abril de 1990, párrafos 29 – 35.

⁵³² TEDH; Caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda, Sentencia del 29 de octubre de 1992, párrafo 60. TEDH; Caso Rekvenyi contra Hungría, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafos 37, 49 – 50.

⁵³³ TEDH; Caso Rekvenyi contra Hungría, Sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 34. TEDH; Caso Refah Partisi (the Welfare Party) y otros contra Turquía, Sentencia del 31 de julio de 2001, párrafo 57.

inevitable de interpretación judicial, pues siempre es imprescindible aclarar las dudas que puedan surgir cuando se aplica una norma a circunstancias particulares. Ciertamente un margen de duda no significa que la norma incumpla el requisito de previsibilidad. Por ello, reafirma la importancia del rol que cumplen los tribunales en su labor de interpretación ante los cambios de la realidad que también influyen en la aplicación práctica de las normas⁵³⁴.

En este contexto, el TEDH siempre subraya que se considera parte de la previsibilidad la interpretación que hacen los tribunales nacionales de una determinada ley, teniendo en cuenta que los fallos deben ser públicos, deben ser seguidos por tribunales inferiores, es decir que debe ser posible definir una línea jurisprudencial concreta⁵³⁵, para poder resolver problemas de interpretación de la legislación interna. Del mismo modo, reitera que su labor como Tribunal supranacional, consiste solamente en determinar si la interpretación efectuada por el juez nacional es compatible con las obligaciones asumidas en virtud del CEDH⁵³⁶.

2) La restricción debe perseguir un fin legítimo

La restricción o limitación de un derecho tiene que estar justificada por la protección de un fin legítimo, los que pueden recaer sobre intereses generales o privados. Según el CEDH el nexo causal entre la medida restrictiva y el objetivo legítimo perseguido debe enmarcarse dentro de criterios generales,

⁵³⁴ TEDH; Caso Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafo 28. TEDH; Caso Kokkinakis contra Grecia, Sentencia del 25 de mayo de 1993, párrafo 40. TEDH; Caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafos 31- 40. TEDH; Caso Gorzelik y otros contra Polonia, Sentencia de la Gran Sala, 17 de febrero de 2004, párrafo 65.

⁵³⁵ TEDH; Caso Müller y otros contra Suiza, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 29. TEDH; Caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafos 31 – 40.

⁵³⁶ TEDH; Caso Waite y Kennedy contra Alemania, Sentencia del 18 de febrero de 1999, párrafo 54. TEDH; Caso Gorzelik y otros contra Polonia, Sentencia de la Gran Sala, 17 de febrero de 2004, párrafo 100.

tales como seguridad y orden público, protección de la salud y la moral, prevención de infracciones, protección de la reputación y los derechos de los demás, conforme a lo establecido en los párrafos segundos de los artículos 8 a 11 del CEDH.

Los criterios dentro de los cuales pueden ser justificadas las restricciones como legítimas tienen carácter general y abierto, no se encuentran taxativamente determinados como conductas concretas en el CEDH. Esta apertura va en sintonía con la evolución propia de la sociedad y del Derecho. Por lo que, las conductas concretas que se enmarquen dentro de cada criterio se han ido definiendo a través de la evolución propia de la aplicación del CEDH y del desarrollo de la jurisprudencia del TEDH. De ahí que, el Tribunal no tiene prisa por establecer un *numerus clausus* de conductas o situaciones dentro de cada criterio; vale decir que, en virtud de la doctrina del margen de apreciación que se concede a los Estados, deja que esta tarea recaiga en las autoridades nacionales, limitándose solamente a valorar si al imponer medidas restrictivas, el Estado cumple con las obligaciones asumidas en virtud del CEDH.

En cuanto al fomento del fin legítimo que debe lograr la medida restrictiva, y debido a la doctrina del margen de apreciación nacional concedida a los Estados parte del CEDH, se cuestiona que el TEDH pueda, en algunos casos, conceder mayor importancia al grado de aceptación o tolerancia social de las circunstancias en cada caso concreto, que a la valoración de la legitimidad del fin perseguido para declarar a una medida determinada conforme a lo dispuesto por el CEDH. Lo cual podría llevar a cuestionar que la validez o legitimidad de las restricciones a un derecho dependan de la opinión favorable o desfavorable de la mayoría en un contexto social específico.

Dicho cuestionamiento se desvanece debido a que los criterios generales determinados como justificadores de fines legítimos permiten que se encuadre dentro de ellos diversas conductas o situaciones que abarquen la diversidad de los Estados que forman el SEDH. Lo que le corresponde al TEDH como tribunal supranacional es determinar con claridad estándares jurisprudenciales generales, inspirados en principios y valores comunes a la diversidad cultural de los Estados europeos, que permitan evaluar, bajo parámetros específicos diferentes situaciones, que guíen a los Estados a delimitar su conducta en aquellos casos en que realmente sea necesario restringir derechos fundamentales, respetando los requisitos impuestos por el CEDH.

Análisis de idoneidad.- Las dos etapas descritas hasta el momento corresponderían al análisis de idoneidad de la medida restrictiva que caracteriza al test de proporcionalidad. En este contexto, el Tribunal debe responder a la pregunta de si la restricción producida por una medida estatal impuesta en virtud de una norma logra promover el otro derecho o interés en concurrencia. Esta evaluación es realizada por el TEDH en dos pasos: primero verifica si la medida ha sido prevista por la ley y, en segundo lugar, si el fin es legítimo. No aplica un análisis de idoneidad en la forma propuesta por el test de proporcionalidad conforme ha sido expuesta en esta investigación.

De hecho, cuando se pronuncia sobre la legalidad de la medida su examen no es muy exhaustivo, se limita a determinar que la restricción tenga una base jurídica en el Derecho interno, verifica que la medida restrictiva no sólo provenga de una ley, sino también su calidad, accesibilidad para la persona interesada y previsibilidad en cuanto a sus efectos; así como la interpretación pertinente efectuada por los tribunales nacionales. Tiene en cuenta además

que en general las partes no cuestionan las características o la normativa de la cual proviene la restricción. En definitiva, el TEDH se conforma con comprobar que la medida restrictiva tiene un origen normativo sin detenerse a valorar o expresar justificaciones detalladas sobre la conexión causal entre medida o fin, dicho de otro modo, si la medida restrictiva cumple con fomentar o promover el fin perseguido.

(i) *El análisis de necesidad de la medida, o de medios alternativos menos restrictivos: la etapa perdida en el test efectuado por el TEDH*

Al llegar a esta etapa del análisis, el TEDH debería responder la pregunta de por qué se debe imponer una restricción a un derecho o interés, si la restricción pudo ser evitada debido a la existencia de otras medidas alternativas que podían promover el otro derecho o interés en juego sin restringir, o restringían en menor grado, el derecho o interés invocado como violado. Este es un examen que el TEDH no realiza como una etapa separada. Se podría decir que algunas veces lo incorpora al verificar si la medida es necesaria en una sociedad democrática.

Al respecto, Brems y Lavrysen⁵³⁷ insisten que una cuestión fundamental consiste en integrar en el análisis de proporcionalidad la verificación que debe hacerse sobre la existencia de medidas menos restrictivas a un derecho

⁵³⁷ BREMS, Eva. LAVRYSEN, Laurens; ““Don’t use a sledgehammer to crack a nut”: Less restrictive means in the case law of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, Oxford, 2015, pp. 139 – 168. Esta investigación que se dio en el marco del proyecto que lideró Eva Brems: “Strengthening the European Court of Human Rights: More Accountability through Better Legal Reasoning”, funded by the European Research Council. Del mismo modo Laurens Lavrysen es un investigador del Centro de Derechos Humanos dirigido por la Dra. Brems, que trabajó como tema de su disertación para obtener el grado de Doctor en Derecho con el tema: “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”. Esta investigación la realizó en el marco del Proyecto anteriormente indicado, bajo la dirección de la Dra. Brems.

fundamental, pues ello contiene un elemento de optimización que favorece dar prioridad a los derechos sobre otras cuestiones. Afirman que aplicar el test de la medida menos restrictiva implica el análisis de los hechos y las cuestiones técnicas que han llevado a escoger una u otra medida, así como el pronunciarse sobre la existencia de medidas menos restrictivas que la aplicada para lograr el mismo fin.

En este sentido, los autores aceptan que se pueden presentar dos problemas. El primero es que la valoración del caso contenga inevitablemente un alto grado de especulación sobre la medida menos restrictiva que pudo haber sido empleada. En segundo lugar, tienen en cuenta la denominada inflación de los derechos, debido a que actualmente más y más intereses son reconocidos y protegidos dentro del contenido de un derecho fundamental. Razón por la que resulta más difícil para los Estados proteger intereses públicos sin restringir un derecho fundamental. Así, en su opinión, la inflación de los derechos se traduce en la prohibición de aplicar medidas relativamente menos intrusivas en diversas políticas públicas, aun cuando el interés protegido por el derecho, o el impacto en dicho derecho, pueda ser trivial, indirecto, o imprevisible. Por lo que, afirman que la aplicación estricta del test de la medida menos restrictiva, puede resultar una carga excesiva para el Estado.

En este contexto, Brems y Lavrysen proponen, como una alternativa intermedia, que los derechos protegidos por el CEDH sean optimizados solamente hasta cierto nivel. Sugieren que el límite de esta optimización podría ser considerado como parte de la doctrina del margen de apreciación que se concede a los Estados, aplicando la siguiente fórmula: solamente en los casos en los que se conceda un margen de apreciación limitado, se aplique un

análisis estricto, dónde la falta de existencia de una medida menos restrictiva constituya una violación del derecho. Cuando se trate de casos en los que se conceda un margen amplio de apreciación, la existencia de una medida menos restrictiva, será solamente uno de los elementos a tener en cuenta en el análisis de proporcionalidad.

En cuanto a esto, Gerards⁵³⁸ opina que el TEDH debe establecer si existían medios alternativos disponibles para las autoridades nacionales. Ello, en base a la información proporcionada por las partes en el caso o incluso usando el sentido común para concebir alternativas hipotéticas⁵³⁹. Opina que si el Tribunal no encuentra otras alternativas, no se puede responsabilizar a las autoridades nacionales por haber elegido la medida adecuada a su disposición.

Podría suceder que el Tribunal, en algunos casos, encuentre medidas alternativas menos restrictivas y menos efectivas o, en otros casos, encuentre que alguna de ellas restrinja más el derecho del reclamante, pero resulte más beneficiosa para el interés público o los derechos de los demás. Entonces, en palabras de Gerards, el Tribunal enfrenta dos problemas: en primer lugar debe realizar un juicio de valor sobre la elección del órgano de decisión⁵⁴⁰ para

⁵³⁸ GERARDS, Janneke; "How to improve the necessity test of the European court of human rights", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, *Oxford University Press and New York University School of Law*, Oxford, 2013, 466 – 490.

⁵³⁹ Al respecto, Van Drooghenbroeck opina que tal pronunciamiento debe reunir dos condiciones: que la medida alternativa cause una menor interferencia que la escogida; y que sea compatible con el CEDH. En este sentido, señala que el Tribunal tiene como dificultad comparar en concreto los beneficios y daños que podría causar la medida alternativa sugerida; teniendo en cuenta que dicha medida no ha sido utilizada. Por ello, precisa que corresponde al Estado, y no a quien reclama, probar la inexistencia de una medida alternativa. Cfr. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 206.

⁵⁴⁰ En este sentido Bhagwat opina que " (...) Este tipo de opciones, aunque quizás descansen, al menos en parte, en hechos que son en cierto sentido "empíricos", también requieren profundos y fundamentales juicios de valor, que no está claro que los jueces sean competentes para hacer. BHAGWAT, Ashutosh; "Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis", en *California Law Review* 85, UC Berkeley School of Law, Berkeley, 1997, pp. 297 – 369, ver p. 322.

determinar si podría razonablemente requerir que el Estado adopte alguna de esas medidas sin intervenir profundamente en la discrecionalidad legislativa o administrativa del mismo; y en segundo lugar, tendría que realizar la valoración de la idoneidad de cada medida alternativa disponible⁵⁴¹. Lo que podría resultar excesivo para un Tribunal supranacional, por lo que el TEDH debe centrarse en verificar el proceso de elección de la medida menos restrictiva realizado a nivel interno.

Al respecto, Popelier y Van De Heyning⁵⁴² señalan que la falta de elección de la medida menos restrictiva por las autoridades nacionales no ha sido considerada como violatoria del CEDH en algunos casos. En otros, el TEDH aplica un estricto control y requiere que medidas menos intrusivas hayan sido tomadas en cuenta o al menos consideradas por el Estado. Lo cual depende del margen de apreciación concedido a las autoridades nacionales, si éste es amplio, el Tribunal se limitará solamente a verificar si la opción elegida satisface el requerimiento de proporcionalidad que estipula el CEDH.

Los autores citados coinciden en afirmar que el TEDH no siempre aplica el test de la medida menos restrictiva, por lo que Brems y Lavrysen⁵⁴³ sugieren que el TEDH debería determinar estándares para distinguir los casos a los que imperativamente se debería aplicar dicho test de los que no sería necesario

⁵⁴¹GERARDS, Janneke; "How to improve the necessity test of the European court of human rights", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, *Oxford University Press and New York University School of Law*, Oxford, 2013, 466 – 490. Cfr. BASTRESS, Robert; "The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification, and Some Criteria", *Vanderbilt Law Review* 27, Vanderbilt University Law School, Nashville, 1974, pp. 1029 -1030. Cfr. HICKMAN, Tom, "Proportionality: Comparative Law Lessons", en *Judicial Review* 12, Routledge, UK, 2007, pp. 31 – 55, ver pp. 40 – 41.

⁵⁴² POPELIER, Patricia. VAN DE HEYNING, Catherine; "Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis", en *European Constitutional Law Review* 9, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 230 -262.

⁵⁴³ BREMS, Eva. LAVRYSEN, Laurens; "'Don't use a sledgehammer to crack a nut': Less restrictive means in the case law of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, Oxford, 2015, pp. 139 – 168.

hacerlo, además de especificar criterios cuando se trata de medidas generales o individuales⁵⁴⁴; y explicar las razones de por qué en algunos casos valora criterios sustantivos y en otros procesales. Consideran que se debería establecer una escala de intensidad variable de revisión, vinculando el resultado de este test a la gravedad de la cuestión en cada caso. Del mismo modo, opinan que el TEDH debería establecer alguna guía de orientación respecto a la valoración que se debería dar al margen de apreciación de los Estados al aplicar este test.

Coincido con los autores en que es necesario determinar estándares de aplicación del test de la medida menos restrictiva. Difiero en parte con lo afirmado por ellos, pues considero que es posible aplicar este test en todos los casos. Para ello, el TEDH debe valorar la actuación hecha a nivel nacional, es decir que corresponde que sean las autoridades nacionales las que verifiquen la existencia de otras medidas menos restrictivas, así como la idoneidad de cada alternativa, que pudo ser aplicada al caso concreto. En este contexto, el TEDH realizaría su labor de control de convencionalidad, al verificar que el Estado cumplió con las obligaciones impuestas por el CEDH. En su calidad de Tribunal supranacional, complementario de las jurisdicciones internas, está facultado para evaluar que las autoridades nacionales hayan realizado las actuaciones pertinentes a fin de aplicar restricciones que sean proporcionadas. Ello, implica haber considerado la aplicación de medidas alternativas menos

⁵⁴⁴ Los autores manifiestan que existe una división en el TEDH de cuándo aplicar este análisis a medidas generales o a medidas individuales. Así, señalan que el valorar medidas individuales no resultaría una carga más problemática para el TEDH que valorar las generales. En este sentido, expresan: “the fact that a law mandates the use of a sledgehammer to crack a nut clearly does not change this action’s disproportionate character”. En este comparación: “utilizar un martillo para partir una nuez” ya resulta una medida desproporcionada entre el arma a utilizar y el objeto. Lo que, en mi opinión equivale a decir que, si la ley determina una medida desproporcionada, poco interesa si se trata de una medida general o individual, debido a que el carácter de la medida ya es desproporcionado y eso es lo que el tribunal debe valorar.

restrictivas, y de no hacerlo, corresponde que indiquen las razones de dicha decisión, todo lo cual debe ser valorado por el TEDH para determinar la legitimidad de la medida restrictiva.

De esta manera, la posible existencia de otras medidas menos restrictivas debe ser invocada por las partes, tanto por el reclamante como por el Estado para justificar las razones de su empleo o de su rechazo a aplicarlas, o incluso considerarlas, pues ambas partes están en mejor posición de ofrecer la información, así como las pruebas pertinentes sobre la medida empleada y las alternativas menos restrictivas⁵⁴⁵. Al tener toda esta información, el TEDH puede evaluar de forma más racional la medida empleada, así como la existencia de otras alternativas, sin especular sobre su existencia hipotética, y determinar de forma concreta si alguna de ellas debió ser aplicada al caso o si fue correcto el que fuera desechada.

El control realizado por el TEDH se centra en examinar si las autoridades nacionales cumplieron con los parámetros permitidos de restricción a los derechos fundamentales establecidos por el CEDH. Lo que constituye un enfoque procedimental que puede aportar mayor racionalidad al proceso de evaluación efectuado por el Tribunal. Este tipo de análisis procedimental es

⁵⁴⁵ Se puede hacer una analogía al control de un tribunal constitucional encargado de vigilar el sistema de derechos que hace igualmente posible la autonomía pública y privada de los ciudadanos. Por lo tanto, el tribunal constitucional debe examinar el contenido de las normas en disputa en relación con las condiciones procesales del proceso legislativo. Tal comprensión procesal de la constitución logra legitimar la revisión constitucional en el contexto de una teoría de la democracia. En el mismo sentido, se podría afirmar que un Tribunal supranacional debe adoptar este mismo enfoque procedimental, de revisar lo realizado por las autoridades nacionales y pronunciarse al respecto. En caso de que dichas autoridades no haya realizado bien su labor, el Tribunal supranacional debería completar el control con las justificaciones racionales necesarias que garanticen la protección de los DF. Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, pp. 263 y 264. En la misma línea de opinión respect al enfoque procedimental Cfr. WALDRON, Jeremy; "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal* 115, Yale School of Law, The Yale Law Journal Company, Inc., Danvers, MA, 2006, pp. 1346 – 1406, ver pp.1346.

preciado por Popelier y Van De Heyning⁵⁴⁶, así como por Gerards⁵⁴⁷, pues opinan que constituiría una garantía para la protección de los derechos fundamentales y para renovar el análisis de proporcionalidad que realiza el TEDH.

Así, Popelier y Van De Heyning⁵⁴⁸ consideran que la aplicación de la racionalidad procesal permitiría al Tribunal examinar la racionalidad de las medidas empleadas por un Estado sin dejar de respetar la discrecionalidad del Legislador. Lo que ha llevado a Cohen-Eliya y Porat a afirmar que, esta sería la forma de hacer la transición de una cultura de autoridad⁵⁴⁹, basada en la autoridad pública, hacia una cultura de justificación, donde la legitimidad se derive del grado en que la interferencia estatal pueda justificarse en razones objetivas, racionales y a través de la implementación de garantías procesales mínimas para un lograr una ponderación de intereses informada e inclusiva.

⁵⁴⁶ POPELIER, Patricia. VAN DE HEYNING, Catherine; "Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis", en *European Constitutional Law Review* 9, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 230 -262.

⁵⁴⁷ En este sentido Gerards señala que el tipo de análisis que realizaría el TEDH sería procedural, así expresa: "Finally, the least-restrictive-means test would still imply an element of valuation, since the choice must sometimes be made between a slightly less effective, yet also less restrictive means, or between means that are both effective and less intrusive but which are very costly or problematic for practical reasons. For these reasons, it was argued that it is generally preferable to opt for a "procedural" version of the test. In this version of the test, the Court would look mainly at the care with which national authorities have established the relevant interests. GERARDS, Janneke; "How to improve the necessity test of the European court of human rights", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, *Oxford University Press and New York University School of Law*, Oxford, 2013, 466 – 490, ver p. 489. Cfr. GERARDS, Janneke; "Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *European Law Journal* 1, Wiley, UK y USA, 2011, pp. 80 – 120, ver sección V.

⁵⁴⁸ POPELIER, Patricia. VAN DE HEYNING, Catherine; "Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis", en *European Constitutional Law Review* 9, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 230 -262.

⁵⁴⁹ Respecto a la cultura de autoridad los autores han expresado que consideran que el análisis de proporcionalidad es esencialmente un requisito de justificación que representa un cambio profundo en el derecho constitucional a nivel global que caracterizan como un cambio de una cultura de autoridad a una cultura de justificación. Así, opinan que, en esencia, una cultura de justificación requiere que los gobiernos proporcionen una justificación sustantiva de todas sus acciones, lo que para ellos implica la justificación, en términos de la racionalidad, de la razonabilidad de cada acción y las compensaciones que cada acción significa necesariamente, es decir, en términos de proporcionalidad. Cfr. COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "Proportionality and the culture of justification", en *American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, Oxford University Press, 2011, pp. 463 – 490.

Por otra Parte, De Schuter y Tulkens⁵⁵⁰ opinan que el TEDH debería resistir la tentación de atenuar el nivel de control que realiza de las actuaciones estatales en virtud del CEDH. Por el contrario, señalan que debería transformar dicho control de dos maneras: primero requiriendo que las autoridades nacionales tengan mucho más en cuenta el CEDH en el sistema jurídico nacional; y en segundo lugar, realicen una comparación sistemática de las medidas adoptadas por un Estado con las adoptadas en otros Estados respecto de situaciones similares, con la finalidad de identificar progresivamente y, con el tiempo, generalizar, las soluciones adoptadas que cumplan eficazmente con los requerimientos del CEDH.

Entonces, el estándar que se podría establecer sería que el TEDH incorpore como criterio permanente de su análisis, sin importar si el margen de apreciación que se concede es amplio o restringido⁵⁵¹, la verificación de que el Estado haya aplicado el test de la medida menos restrictiva y, en consecuencia, pueda valorar la justificación que éste ofrezca para aplicar unas y rechazar otras de forma mucho más racional; y a su vez, el Tribunal pueda también ofrecer una mejor justificación de las razones por las cuales considera proporcionada o legítima a una medida sobre otra.

3. La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática

Este es el último requisito que analiza el Tribunal para determinar la conformidad de una restricción a un derecho fundamental en virtud de lo

⁵⁵⁰ DE SCHUTER, Olivier. TULKENS, Françoise; "Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution", en BREMS, Eva; *Conflicts between rights*, Interesentia, 2008, pp. 169 – 218, ver p. 203.

⁵⁵¹ Al respecto, Van Drooghenbroeck opina que si las autoridades nacionales no cumplieron esta labor, el TEDH entonces podrá intervenir y evaluar los hechos del caso a pesar del margen de apreciación que pueda ser aplicable. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 226 – 227.

señalado por el CEDH. La supervisión de conformidad se centra principalmente en determinar la necesidad de la medida restrictiva. Desde el Caso Handyside⁵⁵², el TEDH ha determinado los estándares o principios generales de interpretación de lo que debe entenderse como “necesario en una sociedad democrática”. Así, precisó que Todos los artículos del CEDH que contienen restricciones a los derechos constituyen excepciones que deben ser interpretados de manera restrictiva, por lo que la interferencia debe estar justificada en la existencia de una “necesidad social imperiosa” y ser “proporcionada” al fin legítimo perseguido. Estipuló que el adjetivo “necesario” no es sinónimo de “indispensable”, tampoco tiene la flexibilidad de expresiones, tales como “admisible”, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable”. En este examen, el Tribunal señaló que concede a los Estados un cierto, pero no ilimitado margen de apreciación en la imposición de restricciones. De este modo, valora tanto el Derecho interno como las decisiones judiciales que interpretan dicho Derecho para declarar la compatibilidad de las medidas restrictivas con el CEDH.

A fin de tener coherencia en la valoración que realiza, y teniendo en cuenta que la expresión “sociedad democrática” puede suscitar diferentes definiciones, el TEDH enunció un estándar jurisprudencial de lo que debe considerarse como una definición básica de sociedad democrática.

Así pues, el Tribunal subraya que la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de expresión y la libertad de asociación constituyen los

⁵⁵² TEDH; Caso Handyside contra Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párrafos 48 - 49. TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 27 de octubre de 1978, párrafo 59. TEDH; Caso Ceylan contra Turquía, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 32. TEDH; Caso Stankov y the United Macedonian Organisation Ilinden contra Bulgaria, Sentencia del 2 de octubre de 2001, párrafos 85 -87. TEDH; Caso Müller y otros contra Suiza, Sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafos 32 – 33.

fundamentos de una sociedad democrática, ya que reflejan el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de mentalidad, indisociables del significado de vivir en democracia. No obstante, reconoce que en algunas ocasiones los intereses individuales deben subordinarse en aras de la protección del interés general de la sociedad. Lo que no implica que la democracia sea aceptar siempre la visión u opinión de la mayoría⁵⁵³.

De hecho, el Tribunal afirma la necesidad de encontrar un balance que asegure un trato justo a las minorías para evitar cualquier abuso de una posición dominante. Es decir, que los problemas sociales deben tratar de solucionarse a través del diálogo, sin recurrir a la violencia. Opina que debe ser posible, aun en las situaciones más difíciles, encontrar soluciones que satisfagan a todos, en las que se hagan concesiones en respeto de la pluralidad de los grupos existentes en una sociedad⁵⁵⁴.

Del mismo modo, el TEDH recuerda que forma parte de la democracia la autorización de restricciones para conciliar los intereses de todos y cumplir el requisito de justificación debido a una necesidad social imperiosa que debe ser

⁵⁵³ TEDH; Caso Klass y otros contra Alemania, Sentencia del 6 de setiembre de 1978, párrafo 42. TEDH; Caso United Communist Party of Turkey y otros contra Turquía, Sentencia del 30 de enero de 1988, párrafo 57. TEDH; Caso Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden contra Bulgaria, Sentencia del 2 de octubre de 2001, párrafo 88. TEDH; Caso Leyla Sahin contra Turquía, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, párrafos 104 – 105. TEDH; Caso Kokkinakis contra Grecia, Sentencia del 25 de mayo de 1993, párrafo 31. TEDH; Caso Buscarini y otros contra San Marino, Sentencia del 18 de febrero de 1999, párrafo 34. TEDH; Caso Young, James y Webster contra Reino Unido, Sentencia del 13 de agosto de 1981, párrafo 63. TEDH; Caso Chassagnou y otros contra Francia, Sentencia del 29 de abril de 1999, párrafo 112. TEDH; Caso Eweida contra Reino Unido, Sentencia del 15 de enero de 2013, párrafo 79. TEDH, Gran Sala; Caso Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafo 75.

⁵⁵⁴ TEDH; Caso Young, James and Webster contra Reino Unido, Sentencia del 13 de agosto de 1981, párrafo 63. TEDH; Caso Chassagnou y otros contra Francia, Sentencia del 29 de abril de 1999, párrafo 112. TEDH; Caso United Communist Party of Turkey y otros contra Turquía, Sentencia del 30 de enero de 1988, párrafo 45. TEDH; Caso Refah Partisi (the Welfare Party) y otros contra Turquía, Sentencia del 13 de febrero de 2003, párrafo 99. TEDH; Caso Leyla Sahin contra Turquía, Sentencia del 10 de noviembre de 2005, párrafo 108.

proporcional al fin legítimo perseguido⁵⁵⁵. Es precisamente esta búsqueda constante de un equilibrio entre los derechos fundamentales de cada individuo lo que constituye el fundamento de una "sociedad democrática"⁵⁵⁶

Por ello, el TEDH vuelve siempre a reiterar que la injerencia o restricción debe ser necesaria para la sociedad democrática; vale decir que, la necesidad es siempre examinada en cada caso en concreto, y debe estar justificada en motivos justos que sean a la vez pertinentes y suficientes⁵⁵⁷

En este contexto, se puede afirmar que no todas las medidas consideradas necesarias en una sociedad democrática son aceptables, salvo que realmente estén dirigidas a proteger los intereses mencionados en las cláusulas de limitación.

El CEDH es categórico al establecer que las restricciones que se impongan a un derecho fundamental deben originarse por una necesidad social imperativa proporcional al fin legítimo perseguido. En este sentido, en muchos casos se produce un conflicto entre la protección de un derecho individual y la protección de intereses colectivos, o de derechos de grupos específicos, o de la sociedad en su conjunto.

⁵⁵⁵ TEDH; Caso Handyside contra Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976., párrafo 49. TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 27 de octubre de 1978, párrafo 59. TEDH; Caso Kokkinakis, Sentencia del 25 de mayo de 1993, párrafos 31 - 33. TEDH; Caso Wingrove contra el Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 53. TEDH; Caso Serif contra Grecia, Sentencia del 14 de diciembre de 1999, párrafo 49. TEDH; Caso Ceylan contra Turquía, Sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 32. TEDH; Caso Fressoz and Roire contra Francia, Sentencia del 21 de enero de 1999, párrafo 45. TEDH; Caso Stankov y the United Macedonian Organisation Ilinden contra Bulgaria, Sentencia del 2 de octubre de 2001, párrafo 85. TEDH; Caso Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen contra Reino Unido, Sentencia del 27 de febrero de 2017, párrafo 43.

⁵⁵⁶ TEDH; Caso Chassagnou y otros contra Francia, Sentencia de 24 de abril de 1999, párrafo 113. TEDH; Caso Leyla Şahin contra Turquía, Sentencia del 1º de noviembre de 2005, párrafo 108.

⁵⁵⁷ TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 27 de octubre de 1978, párrafo 63. TEDH; Caso Dudgeon contra Reino Unido, del 22 de octubre de 1981, párrafo 51. TEDH; Caso Gillow contra Reino Unido, Sentencia del 24 de noviembre de 1986, párrafo 55. TEDH; Caso Olson contra Suecia, Sentencia del 24 de marzo de 1988, párrafo 68. TEDH; Caso Informations Verein Lentia y otros contra Austria del 24 de noviembre de 1993, párrafo 5.

En el esquema de control planteado por el TEDH, parte del hecho de que la medida restrictiva cumple el requisito de legalidad y se pronuncia sobre la relación con el objetivo perseguido (que corresponde a la etapa de análisis de idoneidad de la medida) para analizar la proporcionalidad de la medida. Como ya ha sido dicho no se pronuncia sobre la existencia de medidas menos restrictivas, salvo en algunos casos⁵⁵⁸. El TEDH se pronuncia sobre la ponderación o proporcionalidad, en sentido estricto, de la medida en el marco del análisis de necesidad en una sociedad democrática. En esta etapa, el TEDH examina elementos que debió analizar en las etapas anteriores, siguiendo un esquema de valoración, que se describe a continuación, para realizar el control de la legitimidad y proporcionalidad de la restricción impuesta.

En primer lugar, enuncia los principios generales sobre el derecho considerado violado por la medida restrictiva. Estos principios se refieren al contenido de dicho derecho construido desde la descripción normativa del mismo hecha por el CEDH más la interpretación de su contenido o configuración establecida por el Tribunal como precedente jurisprudencial. En esta revisión de precedentes hace referencia, en algunos casos, a otras medidas restrictivas que hayan sido aplicadas y sobre las cuales el Tribunal ya se ha pronunciado, a fin de encontrar principios de valoración que sean aplicables al caso en concreto. En segundo lugar, una vez determinados los principios que se aplican al caso

⁵⁵⁸ Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso de S.A.S. contra Francia, Sentencia del 1 de julio de 2014, párrafos 138 – 139. En el Caso Morice aunque el Tribunal no se refiere específicamente a otras medidas menos restrictivas, no obstante, indica que la sanción impuesta al reclamante no fue la más leve, dejando entrever que sí existen sanciones más leves que un proceso penal que pudieron aplicarse en el caso. Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso Morice contra Francia, Sentencia del 23 de mayo de 2015, párrafos 175 a 176.

concreto, procede a realizar la valoración para determinar si la medida es necesaria y proporcionada al fin perseguido.

En este sentido, el TEDH ha agregado un criterio extra que es el grado de margen de apreciación que concede al Estado al valorar su actuación en la restricción de un derecho protegido por el CEDH. De acuerdo con la estructura de evaluación enunciada, el TEDH ha precisado algunos principios generales que aplica para valorar la actuación estatal en todos los casos de restricciones contenidos en los artículos 8 a 11 del CEDH.

De ahí que, el Tribunal ha determinado que en el ejercicio de su supervisión, no reemplaza a las autoridades nacionales competentes, sólo revisa, en virtud del CEDH, las decisiones emitidas de conformidad con su poder de apreciación. Lo cual no significa que la supervisión se limite a determinar si el Estado demandado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa y de buena fe. Lo que hace es analizar la interferencia denunciada a la luz del caso en su conjunto y determinar si fue proporcionada al objetivo legítimo perseguido y si los motivos aducidos por las autoridades nacionales para justificarlo son pertinentes y suficientes. En esta tarea, el TEDH ha señalado que se asegura de que las autoridades nacionales aplicaron normas que se ajustaran a los principios consagrados en el CEDH y, además, que se basaron en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes, pues subraya que es a ellas a quien compete, en primer lugar, juzgar si todas estas condiciones se cumplen;

no obstante, es el Tribunal el que resuelve definitivamente la cuestión de la necesidad de la injerencia en relación con las exigencias del CEDH⁵⁵⁹.

Como se puede apreciar, el TEDH ha incorporado el criterio del margen de apreciación concedido al Estado como parte de los principios generales de valoración. Así, ha determinado que la amplitud de este margen es variable y depende de un cierto número de factores, entre los cuales destaca: la naturaleza del derecho en cuestión garantizado por el CEDH, la relevancia de su protección para el reclamante, la naturaleza de la injerencia y la finalidad de ésta. En este sentido, ha establecido que el margen es más restringido cuanto más importante es el derecho en cuestión para garantizar al individuo el goce efectivo de los derechos fundamentales o de orden íntimo que se le reconocen. En cambio, ha precisado que es más amplio cuando no hay consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los medios más adecuados para protegerlo. En general, ha resaltado que el margen es igualmente amplio cuando el Estado debe lograr un equilibrio entre intereses particulares y públicos enfrentados, o entre diferentes derechos protegidos por el CEDH⁵⁶⁰.

En definitiva, el TEDH ha reiterado que el margen de apreciación va de la mano de una supervisión europea que abarca tanto la ley como las decisiones que la aplican. Por lo tanto, insiste en que su tarea consiste en determinar si las

⁵⁵⁹ Este precedente general de valoración ha sido invocado palabras más, palabras menos en la muestra de casos analizada. Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso Morice contra Francia, Sentencia del 23 de mayo de 2015, párrafo 124. TEDH, Gran Sala; Caso Fernández Martínez contra España, Sentencia del 12 de junio de 2014, párrafos 125 y 130. TEDH, Gran Sala; Caso de S.A.S. contra Francia, Sentencia del 1 de julio de 2014, párrafo 129. TEDH, Gran Sala; Caso Izzetin Doğan y otros contra Turquía, Sentencia del 26 de abril de 2016, párrafo 112.

⁵⁶⁰ Este precedente general de valoración ha sido invocado palabras más, palabras menos en la muestra de casos analizada. Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso Fernández Martínez contra España, Sentencia del 12 de junio de 2014, párrafo 125.

medidas tomadas a nivel nacional fueron justificadas como medidas necesarias en una sociedad democrática y proporcionadas al fin perseguido. En consecuencia, subraya que si las autoridades nacionales llevaron a cabo la ponderación respetando los precedentes jurisprudenciales establecidos, el Tribunal necesitaría razones sólidas para sustituir su opinión por la de los tribunales nacionales⁵⁶¹.

La inclusión del margen de apreciación nacional como criterio de valoración es criticado debido a que, en opinión de Van Drooghenbroeck⁵⁶², al concederse un amplio margen de apreciación al Estado, se moderará el control ejercido por el juez europeo, pues se partirá de una presunción irrefragable de idoneidad y necesidad, y una presunción simple de proporcionalidad en sentido estricto. Del mismo modo, Popelier y Van De Heyning⁵⁶³, subrayan que el TEDH no aplica el margen de apreciación de forma previsible e inimpugnable; por lo que opinan que ello ha limitado la eficacia del test de proporcionalidad como un concepto orientador para las acciones de los Estados miembros. Como consecuencia, subrayan la dificultad que tiene el TEDH para trazar la línea divisoria entre la discrecionalidad y la toma de decisiones arbitrarias.

⁵⁶¹ Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso de S.A.S. contra Francia, Sentencia del 1 de julio de 2014, párrafo 131. TEDH, Gran Sala; Caso Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafo 75 y 79. TEDH, Gran Sala, Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafos 162 a 166.

⁵⁶² VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 218.

⁵⁶³ POELIER, Patricia; VAN DE HEYNING, Catherine. Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis en *European Constitutional Law Review*, 9, Cambridge University Press, 2013, pp. 230 -262.

Por el contrario, Carioulou⁵⁶⁴ considera que el margen de apreciación nacional no sería "omniabarcante"⁵⁶⁵ debido a que el TEDH requiere que sean las autoridades nacionales las que realicen la ponderación, tomado en cuenta el daño causado por una medida determinada, puesto que si dichas autoridades no tuvieron en consideración la carga impuesta a las personas afectadas mediante el ejercicio adecuado de la ponderación, su actuación puede resultar en una violación de las obligaciones impuestas por el Convenio.

En general la casi totalidad de los autores citados en esta parte coinciden en que una de las principales causas que muestran la subjetividad del juez europeo y que atenta contra la aplicación correcta del test de proporcionalidad es la amplitud del margen de apreciación que se otorgue a un Estado. Esta es una inquietud que aún debe prevalecer, no obstante, opino que desde el estudio de Van Drooghenbroeck realizado en 2001, pasando por el compilado de opiniones de Brems en 2008, los estudios de Smet y Lavrysen publicados en 2016 hasta los casos sentenciados en 2017 contra Bosnia y Herzegovina y Finlandia se puede ver una evolución de esta doctrina, pues el TEDH ha establecido principios generales sobre la amplitud de la aplicación del margen de apreciación nacional. Por lo que, no se puede afirmar de manera concluyente que no es posible determinar en qué casos se utilizará un margen de apreciación amplio o restringido. Aunque se trate de criterios generales, pese a ello existe cierto grado de previsibilidad en su aplicación. Considero que a medida que se siga desarrollando la jurisprudencia del Tribunal se irán

⁵⁶⁴ CARILOU, Leto; "The search for an equilibrium by the European Court of Human Rights", en BREMS, Eva; *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 217 – 247. Ver en específico pp. 249 - 269.

⁵⁶⁵ El autor utiliza la expresión en inglés: "all-embracing". Cfr. Ibídem, p. 264.

incorporando más criterios en la medida en que la casuística sometida al TEDH evolucione.

Si bien es cierto que en algunos casos el control efectuado por el TEDH es menos amplio que en otros, no obstante, no se deja de ejercer dicho control, además el margen de apreciación tiene límites y no impide que se declare la violación de un derecho protegido si las autoridades nacionales no cumplieron con las obligaciones impuestas por el CEDH. Del mismo modo, es posible afirmar que el mismo TEDH disminuye el impacto de la crítica sobre la amplitud del margen de apreciación nacional, al precisar, como un principio general de análisis de los casos, que respeta las actuaciones de las autoridades nacionales, siempre y cuando hayan realizado una ponderación de conformidad con los criterios establecidos en su jurisprudencia, en razón de lo cual señala que necesitaría razones sólidas para sustituir su opinión por la suya⁵⁶⁶. Dicho de otro modo si la ponderación realizada a nivel nacional no reúne estos estándares, el TEDH se pronunciaría sobre las omisiones incurridas a nivel nacional. En general, se puede afirmar que al hacer la valoración el TEDH justifica las razones por las que avala o rechaza la medida restrictiva impuesta a nivel nacional.

Coincido con lo afirmado por De Schuter y Tulkens⁵⁶⁷ respecto a que los principios enunciados deben ser tomados en cuenta por los Estados en sus

⁵⁶⁶ Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafos 75 y 79. TEDH, Gran Sala, Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafos 162 a 166. Esto ha sido declarado por el TEDH como un principio general en la muestra de casos analizada, haciendo eco de su línea jurisprudencial trazada desde casos anteriores.

⁵⁶⁷ De Schuter, Olivier. Tulkens, Françoise; "Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution", en *Conflicts between rights*, Brems, Eva, Intersentia, 2008, pp. 169 – 218.

procesos de elaboración de políticas públicas, actuación de funcionarios públicos y por los jueces nacionales, como una interpretación autorizada de los requerimientos que el CEDH impone a los Estados. Toda vez que, las autoridades estatales deberían beneficiarse de la evolución de la jurisprudencia interpretativa del CEDH sobre todo en el impacto que puede tener en los derechos fundamentales la adopción y aplicación de ciertas políticas públicas.

Una vez establecidos los principios y la amplitud del margen de apreciación, el TEDH aplica dichos criterios a las circunstancias concretas del caso y procede a verificar la legitimidad de la medida en base a un test de necesidad⁵⁶⁸. Este test desarrollado en la jurisprudencia del TEDH se centra en verificar que la medida restrictiva sea necesaria en una sociedad democrática (necesidad social imperativa), proporcional al fin u objetivo perseguido y que las razones dadas por las autoridades nacionales sean relevantes y suficientes para justificarla.

Dicha afirmación implica que se determine el peso abstracto de cada derecho o interés en concurrencia y la intensidad de la restricción en el derecho invocado, en el caso concreto, para establecer si la afectación resulta proporcionada a la intensidad de realización del objetivo perseguido, a saber, proteger otro derecho o interés amparado por el CEDH. Así pues, se trata de realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto debido a que el CEDH no establece pesos concretos para determinar la legitimidad de las restricciones, solamente estipula parámetros generales, como que obedezcan a un fin

⁵⁶⁸ Una opinión similar ha sido expuesta por Brems y Lavrysen Cfr. BREMS, Eva. LAVRYSEN, Laurens; “Don’t use a sledgehammer to crack a nut”: Less restrictive means in the case law of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 139 – 168.

legítimo para garantizar la seguridad pública, orden público, derechos de los demás. Al respecto, Van Drooghenbroeck⁵⁶⁹ opina que el mismo CEDH propone elecciones axiológicas en términos de categorías abstractas debido a la infinidad de relaciones concretas que se pueden establecer entre una restricción particular y un objetivo particular.

Por esta razón, es importante que el TEDH además de enunciar las reglas de interpretación del contenido del derecho, se pronuncie sobre la intensidad de afectación que la medida implica en dicho derecho, utilizando las escalas que se sugieren en la ponderación desarrollada por Alexy, a fin de verificar si la interferencia se situó cerca al contenido esencial o en la periferia del derecho, así como pronunciarse sobre la intensidad de realización del otro derecho lograda por la medida impuesta. Todo esto contribuye a la reconstrucción del razonamiento seguido por el Tribunal para determinar reglas claras aplicables a otros casos.

No obstante, como se ha resaltado en la muestra de casos analizada, el Tribunal no especifica el peso abstracto que atribuye al derecho o interés en concurrencia ni las intensidades de afectación y de realización de los mismos. Ciertamente, el TEDH efectúa una argumentación para justificar las razones por las cuales declara la desproporcionalidad o proporcionalidad de la medida cuestionada, no obstante, no lo hace siguiendo de forma concreta el esquema de ponderación del test de proporcionalidad conforme a la tradición germánica o a los pasos enunciados por Alexy.

⁵⁶⁹ Cfr. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 226, 227.

Esta suerte de ponderación por necesidad de la medida en una sociedad democrática (necesidad social imperativa), en opinión de De Schuter y Tulkens⁵⁷⁰ puede resultar problemática, debido a que el test de necesidad está basado en que el derecho es una regla y la medida que interfiere con el derecho constituye la excepción. Por ello, señalan que en lugar de que el TEDH pondere efectivamente los derechos en concurrencia, el resultado es que uno de los derechos sea reconocido como prioritario sobre el otro, simplemente porque ha sido invocado ante el Tribunal por quien se considera víctima, cuando el otro derecho o interés en conflicto ha sido preferido para proteger los derechos de los demás, y además es invocado por el Estado en defensa de la medida restrictiva cuestionada impuesta a la supuesta víctima, que presuntamente constituye una violación de lo establecido en el CEDH por no cumplir con los requisitos que hacen a una restricción legítima.

A través de este argumento, Brems⁵⁷¹ señala que la protección de este otro derecho pasible de violación, aparece de manera secundaria en el razonamiento de los jueces, y puede no constituir una cuestión legal que merezca ser analizada de manera directa. Esto es lo que Smet⁵⁷² denomina

⁵⁷⁰ DE SCHUTER, Olivier. TULKENS, Françoise; "Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution", en BREMS, Eva; *Conflicts between rights*, Interesentia, 2008, pp. 169 – 218, ver pp. 189 y 190.

⁵⁷¹ Cfr. BREMS, Eva; "Conflicting Human Rights: an exploration in the context of the right to a fair trial in the European Convention for the protection of human Rights and fundamental freedoms", en *Human Rights Quarterly* 27, The Johns Hopkins University Press, 2005, pp. 294 – 326, ver p.305.

⁵⁷² En el curso de la investigación realizada, me centré en las propuestas enunciadas por algunos miembros del equipo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante, quienes realizaron su investigación bajo la dirección de la profesora Eva Brems. Por esta razón, decidí realizar una estancia de investigación en dicho Centro con la finalidad de estudiar más de cerca las posturas de dichos investigadores. Escogí estudiar a Stijn Smet, investigador del Centro, debido a que su trabajo versa sobre la solución a los conflictos de los derechos humanos, los mismos que implican un dilema para los jueces que conocen este tipo de casos. Cfr. SMET, Stijn; *Resolving conflicts between human rights, The judge's dilemma*, Routledge research in human rights law, New York, 2017. El autor especifica este análisis en la Parte II denominada "difficulties in balancing human rights", en el capítulo 5: "practical obstacles to balancing human rights".

como verticalización de los conflictos entre derechos, debido a que los tribunales como el TEDH, cuya tarea es proteger derechos, concentran su labor primariamente en el derecho invocado como violado, creándose el riesgo de un enfoque preferencial (*preferential framing*) exclusivamente sobre el derecho invocado. Según el autor este problema proviene de los resultados de los primeros procedimientos llevados a cabo a nivel nacional. Dicha solución la encuentra arbitraria, especialmente porque considera que los derechos en conflicto merecen ser tratados de forma igualitaria. Su preocupación se centra en el riesgo de que al realizar el test de proporcionalidad se tenga solamente en cuenta el resultado de los procedimientos llevados a cabo a nivel nacional.

Similarmente, Cariolou⁵⁷³ expresa el riesgo de que el TEDH no preste especial atención a las diferencias entre los derechos y los intereses públicos a fin de asegurar que las autoridades nacionales no interfieran con los derechos en base solamente a lo que socialmente debe ser deseable. Al respecto, Van Drooghenbroeck⁵⁷⁴ considera que en la práctica del TEDH se han dado casos en los que la balanza se ha inclinado tanto a proteger un interés privado como uno público. La misma conclusión se puede extraer de la muestra de casos analizados en esta investigación.

Las principales críticas a la forma como el TEDH desarrolla el análisis de proporcionalidad de las restricciones vienen de ser esbozadas, no obstante,

⁵⁷³ CARILOU, Leto; "The search for an equilibrium by the European Court of Human Rights", en BREMS, Eva; *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 217 – 247. Ver en específico pp. 249 - 269.

⁵⁷⁴ Cfr. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2001, ver capítulo V sobre margen de apreciación.

pueden resumirse en lo expresado por Smet⁵⁷⁵. Según el autor, se pueden identificar algunos obstáculos prácticos a la aplicación del test de proporcionalidad por el TEDH, tales como: el riesgo que existe siempre de que los argumentos caigan en la subjetividad debido a que el razonamiento empleado al aplicar la proporcionalidad sea intuitivo; lo que conlleva el riesgo de falta de coherencia en los fallos. Por último, subraya que el Tribunal se puede dejar influenciar por el reclamo invocado y por el resultado obtenido en el procedimiento nacional (*preferential framing*)⁵⁷⁶ en virtud de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, según la cual el Tribunal requiere razones “de peso” para sustituir el razonamiento⁵⁷⁷ de los tribunales internos. Opina que existe ausencia de una metodología clara de aplicación del análisis de proporcionalidad por parte del TEDH; lo que se traduce en una falta de coherencia en las decisiones que adopta el Tribunal en muchos casos.

En el mismo sentido, Van Drooghenbroeck⁵⁷⁸ considera que en cada caso la valoración resulta empírica y no refleja una metodología sistemática que pueda guiar a los Estados en su aplicación a nivel interno y que contribuya a la

⁵⁷⁵ Cfr. SMET, Stijn; *Resolving conflicts between human rights, The judge's dilemma*, Routledge research in human rights law, New York, 2017.

⁵⁷⁶ Esta crítica ha sido expresada también por De Schutter y Tulkens. Cfr. DE SCHUTTER, Olivier. TULKENS, Françoise; “Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution”, en BREMS, Eva; *Conflicts between rights*, Intersentia, Antwerpen, 2008, pp. 169 – 218, ver p. 203.

⁵⁷⁷ En el estudio realizado, el autor subraya que este principio fu establecido en el Caso MGN Limited contra Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 2011, párrafo 150, reiterado en el Caso Palomo Sánchez contra España, Sentencia de 12 de septiembre de 2011, párrafo 57. El mismo estándar puede apreciarse en la muestra de casos analizada en la presente investigación. Cfr. TEDH, Gran Sala; Caso de S.A.S. contra Francia, Sentencia del 1 de julio de 2014, párrafo 131. TEDH, Gran Sala; Caso Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafo 75 y 79. TEDH, Gran Sala, Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia, Sentencia del 27 de junio de 2017, párrafos 162 a 166.

⁵⁷⁸ Cfr. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 226, 227.

certeza jurídica, lo que para el autor significa una amenaza de activismo de los jueces europeos.

Otra crítica recurrente que se hace a la forma como el TEDH aplica el análisis de proporcionalidad se refiere a que el Tribunal indica que decide en función de las circunstancias específicas de cada caso en concreto; por lo que, los autores citados coinciden en que el Tribunal realiza una ponderación ad hoc de la cual no es posible extraer estándares generales. Así, por ejemplo, Brems y Lavrysen⁵⁷⁹ coinciden en que el enfoque puramente ad hoc proporciona poca orientación a las autoridades nacionales. Para Van Drooghenbroeck⁵⁸⁰ esta valoración es empírica y está siempre cargada de una subjetividad inevitable, pues en muchos casos el razonamiento seguido por el juzgador no es ampliamente establecido a fin de garantizar coherencia y seguridad en la forma cómo se aplica la proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, en el momento en el que el autor realizó su investigación, afirmó que la homogeneidad del uso de la proporcionalidad como principio convencional, no podía ser postulada. Pese a ello, no excluyó que se pudiera reconstruir una definición propiamente jurídica de la aplicación de la proporcionalidad.

En el mismo sentido, Smet⁵⁸¹ considera que el TEDH realiza lo que denomina ponderación abierta (*open ended balancing*) debido a que los jueces construyen su razonamiento en base a preferencias subjetivas conforme al resultado que se quiere obtener. Así pues, afirma que los jueces tienen una amplia discrecionalidad para determinar los factores que tendrán en cuenta sin

⁵⁷⁹ BREMS, Eva. LAVRYSEN, Laurens; ““Don’t use a sledgehammer to crack a nut”: Less restrictive means in the case law of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, Oxford, 2015, pp. 139 – 168.

⁵⁸⁰ *Ibíd.*

⁵⁸¹ Cfr. SMET, Stijn; *Resolving conflicts between human rights, The judge’s dilemma*, Routledge research in human rights law, New York, 2017.

explicar las razones por las cuales dejarán otros de lado en el proceso de razonamiento que siguen para decidir un caso en concreto. Por ello, haciendo eco de la misma crítica recurrente, señala que el proceder del TEDH puede catalogarse como subjetivo y arbitrario, debido a la falta de racionalidad para explicar la justificación que los lleva a resolver un caso de una forma u otra. Considera que es posible reducir este impacto a través del uso de un test estructurado, compuesto de un número limitado de criterios que impulsen a los jueces a considerar todos los factores relevantes y no sólo a escoger algunos sin proporcionar el fundamento de su elección, con la finalidad de construir lo que denomina como redes de argumentos que sean aplicables a diversos casos.

Esta crítica es matizada por Cariolou⁵⁸², quien considera que la ponderación ad hoc realizada por el Tribunal no es una evaluación superficial del peso aproximado de las circunstancias del caso en concreto, o una medición ciega sobre la base de un cálculo utilitarista, sino que, por el contrario, implica el establecimiento de una solución que refleje efectivamente los objetivos y principios contenidos en el CEDH. En este sentido, el autor precia que el TEDH realice un control de las restricciones que ayude a cumplir la protección de los derechos regulada por el CEDH, independientemente de la existencia de estándares particulares o generales.

La problemática enunciada por los autores citados es cierta, pues en esta etapa del análisis el TEDH se centra en aplicar los principios identificados para

⁵⁸² CARILOU, Leto; "The search for an equilibrium by the European Court of Human Rights", en BREMS, Eva; *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 217 – 247. Ver en específico pp. 249 - 269.

el caso concreto en base al derecho que ha sido alegado violado por el reclamante. Conforme ha sido señalado en la muestra de casos de los últimos 5 años, el Tribunal señala que realiza un análisis de proporcionalidad, lo cual implica que efectúa la ponderación de los derechos o intereses en conflicto. No obstante, lo que realiza es lo que voy a denominar como una “semi-ponderación”, pues enuncia el contenido protegido de los derechos en conflicto y los principios de interpretación jurisprudencial aplicables a ambos, no obstante, al momento de la valoración concreta de la medida restrictiva, el examen se enfoca siempre en la afectación generada al derecho alegado violado por el reclamante, lo que proviene de su evaluación del proceso de aplicación del análisis de proporcionalidad efectuado a nivel nacional. Así, el Tribunal omite pronunciarse sobre la intensidad de realización con la que contribuye la medida impuesta al otro interés o derecho en concurrencia. Por ello, se hace referencia a una “semi-ponderación”, pues no se omite que existen dos derechos o intereses en conflicto, se determinan las conductas que se deben proteger respecto a ambos, lo que falta es que se muestre concretamente el ejercicio de equilibrio efectuado entre ambos para que coexistan en armonía.

En este sentido, el Tribunal prepara todo para realizar la ponderación, identifica los principios desarrollados jurisprudencialmente que coinciden con los hechos del caso concreto, enuncia los parámetros sobre los que realizará su examen, e indica la justificación de por qué son aplicables al caso, y es ahí donde se queda a la mitad, pues se espera que haga lo mismo del lado del derecho o interés que se supone debe realizarse gracias a la medida restrictiva impuesta. La realización del otro derecho o interés aparece omnipresente, y no de forma

concreta, queda implícito en la mente del juzgador. Dicho de otro modo, se corre un velo sobre una parte del razonamiento que mentalmente es inevitable que el juez considere para llegar a una solución específica. Lo que queda “a medias” es que se enuncie una parte de los argumentos de justificación que contribuyeron a construir la decisión final del juez europeo. La omisión consiste en no indicar cómo la intensidad de la injerencia en un derecho o interés beneficia a la realización del derecho o interés concurrente. Pese a ello, ya sea que el TEDH declare la medida restrictiva como proporcionada o desproporcionada, es posible presumir que existe una realización del otro derecho o interés.

En cuanto a la falta de estándares generales aplicables a todos los casos, es preciso señalar que el Tribunal ha ido desarrollando a lo largo de su jurisprudencia ciertos principios o precedentes a través de los cuales es posible prever qué medidas pueden resultar violatorias de los derechos protegidos por el CEDH. Cuando el TEDH enuncia que su análisis tiene en cuenta los hechos específicos de cada caso concreto, no significa que realiza una ponderación ad hoc, pues como ha sido ya establecido en base a la muestra de casos analizada, se puede afirmar que el TEDH ha determinado una serie de principios generales a los cuales recurre, en primer lugar, cuando realiza el control de legitimidad de la medida restrictiva. No obstante, siempre se presentarán casos con algunos hechos distintos, que no puedan ser resueltos en virtud de los precedentes existentes. Así pues, el TEDH deberá valorar esas diferencias y precisar un nuevo principio que se irá perfeccionando a medida que se sigan presentando casos similares. Esto no significa que su análisis constituya una ponderación ad hoc y que sea imposible reconstruir una red de

reglas aplicables a casos futuros, que compartan características similares. Por su puesto que siempre quedará abierto a debate académico el tema de si existen o no estándares generales aplicables a todos los casos, o en referencia a cuáles elementos se debieron tener en consideración y cuáles debieron ser desechados al momento de determinar la legitimidad de una medida restrictiva.

En definitiva, aunque el TEDH proclama que siempre analiza la proporcionalidad y legitimidad de una medida restrictiva permitida, debido a que este tipo de análisis se encuentra intrínsecamente regulado en el CEDH, se podría afirmar que el análisis que realiza es un test de necesidad de la medida en una sociedad democrática con ciertos matices de proporcionalidad. Esto se concluye debido a que analiza la proporcionalidad de la medida en base a una necesidad social imperativa. Este test en algunos casos se acerca al test de proporcionalidad concebido por la tradición constitucional alemana, ampliamente desarrollada por Alexy, no obstante, falla en seguir los pasos específicos de dicho análisis que contribuyen a la justificación de su decisión de forma mucho más racional, a fin de que su razonamiento pueda ser reconstruido para determinar reglas precisas que puedan aplicarse a casos futuros similares. Dicho de otro modo, no todo está ganado, pero tampoco todo está perdido, pues el TEDH puede seguir desarrollando precedentes jurisprudenciales que guíen a los Estados en la creación de medidas de restricción legítimas, cuando sea necesario. En este contexto, el Tribunal necesita perfeccionar la técnica de análisis del control que efectúa, por ello, a continuación se exponen algunas propuestas que el Tribunal podría seguir para mejorar el sistema de adjudicación de derechos en este tipo de casos.

Propuestas de optimización en la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de legitimidad de las restricciones permitidas a los derechos fundamentales efectuada por el TEDH

Conforme ha sido señalado el TEDH realiza el examen de la legitimidad de las restricciones, evaluando la proporcionalidad de la medida en base a la necesidad social y el objetivo legítimo que ésta persiga. En este sentido, el examen de proporcionalidad no está exento de las típicas críticas que el test de proporcionalidad recibe en general respecto a que puede favorecer la excesiva discrecionalidad del juez y, en consecuencia provocar la falta de seguridad jurídica respecto a las decisiones que el TEDH emite. En base a los estudios revisados sobre la aplicación del análisis de proporcionalidad, los autores han sugerido posibilidades de mejora para la labor que realiza el TEDH, sugerencias que son enunciadas brevemente a continuación.

Autores como Van Drooghenbroeck, Brems⁵⁸³, De Schuter y Tulkens, Ducoulombier, Cariolou, proponen que el TEDH use el método alemán de concordancia práctica para analizar la legitimidad de las restricciones a los DF. En este sentido, Ducoulombier⁵⁸⁴ precisa que aun en la aplicación del método de concordancia práctica se involucra cierta proporcionalidad, debido a que dicho método también podría conducir a preferir un derecho sobre otro, aunque de una manera menos intrusiva para ambos derechos que la opción del test de proporcionalidad.

⁵⁸³ BREMS, Eva; "Conflicting human rights: An exploration in the context of the right to a fair trial in the European Convention on Human Rights" en *Human Rights Quarterly* 27, The Johns Hopkins University Press, febrero, 2005, pp. 294 – 326. Cfr. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 709.

⁵⁸⁴ DUCOULOMBIER, Peggy. Conflicts between fundamental rights and the European Court of Human Rights: an overview, en BREMS, Eva. Conflicts between fundamental rights, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 217 – 247. Ver en específico pp. 227 - 229.

A diferencia de estos autores, Smet⁵⁸⁵ considera que el TEDH podría aplicar el test que propone dividido en 7 criterios de análisis, enunciados brevemente como sigue: (i) El *criterio de valor* sirve para determinar el valor abstracto de un derecho dentro del sistema de derechos. (ii) El *criterio de impacto* valora el daño sufrido y el riesgo de que dicho daño ocurra realmente. Así, el derecho que sufre un daño más serio y probable tiene una ventaja sobre el derecho que sufre solamente un daño menos serio y probable, lo cual se mediría en base a una escala detallada de 5 grados: muy serio, serio, moderado, ligero, y muy ligero. Para medir la probabilidad de que el daño ocurra, propone también 5 grados: cierto, riesgo real e inmediato, seguro (*reliable*), mantenible, improbable⁵⁸⁶. (iii) El *criterio de contenido esencial-periferia del derecho* examina si el daño sufrido por el derecho se localiza más o menos cerca del contenido esencial o de la periferia del derecho. Por lo que concluye que si se localiza más cerca del contenido esencial, ese derecho debería tener ventaja sobre el derecho que recibe el daño cerca de la periferia. (iv) El *criterio de derechos adicionales* verifica la existencia otros derechos en conflicto, que se produzcan entre las mismas partes, o entre terceras partes. (v) El *criterio del interés general* evalúa si alguno de los derechos que podría sufrir una restricción, tendrían un impacto en el interés general, para lo que habría que valorar si éste se refiere a un interés público, o al reflejo de los valores de la sociedad. (vi) El *criterio de objeto/fin/propósito (purpose criterion)* es de aplicación limitada, pues refleja la idea de que ciertos derechos se encuentran en función de otros, en el sentido de que uno de sus propósitos es asegurar la

⁵⁸⁵ Cfr. SMET, Stijn; *Resolving conflicts between human rights, The judge's dilemma*, Routledge research in human rights law, New York, 2017, ver capítulo 6.

⁵⁸⁶ Smet aclara que las escalas que propone en ambos casos han sido inspiradas en parte por la obra de Alexy, por la jurisprudencia del TEDH y por sus reflexiones propias acerca del tema.

adecuada protección de otros derechos. (vii) El *criterio de responsabilidad* evalúa que el Estado haya cumplido con la obligación de proteger los derechos de todos.

Se aprecia que la intención del autor, con su propuesta de test, es construir una coherencia en la solución de casos planteados ante un tribunal supranacional de derechos humano. Este test resulta sumamente detallado para realizar el análisis de proporcionalidad, y refleja un estudio académico enriquecedor; no obstante, la estructura a seguir que brinda me parece un poco larga para que el TEDH la siga, teniendo en cuenta que actualmente no sigue de forma concreta los pasos del test tripartito.

A diferencia de los autores mencionados, Gerards opina que sería mejor que el TEDH aplique un test similar al clásico test tripartito de proporcionalidad, añadiendo el test de la medida menos restrictiva. Considera que ello permitiría al TEDH examinar la justificación de la razonabilidad de los medios elegidos, lo que constituye un elemento distintivo e importante de la razonabilidad de la interferencia a un derecho fundamental. Además, agrega que dicho test podría ayudar al Tribunal a evitar algunas de las dificultades relacionadas con la revisión de la ponderación, pues si la Corte encuentra, en base de datos empíricos, que los medios elegidos son inadecuados e innecesarios no habría necesidad de continuar la revisión para determinar si las autoridades nacionales realizaron una ponderación razonable⁵⁸⁷.

En el mismo sentido, Brems y Lavrysen precian el uso del test de proporcionalidad tripartito, afirmando que se debe integrar el análisis de la

⁵⁸⁷ GERARDS, Janneke; "How to improve the necessity test of the European court of human rights", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, *Oxford University Press and New York University School of Law*, Oxford, 2013, 466 – 490.

medida menos restrictiva. En este contexto, aceptan que tal integración puede conllevar ventajas y desventajas. Como ventaja señalan que permite un análisis más transparente. Toda vez que siempre queda poco claro el peso atribuido a los diferentes factores de cada caso. Puesto que, ante las diferencias fácticas en casos similares, se corre el riesgo de que el peso atribuido a dichos factores cambie de un caso a otro, siendo así más difícil establecer una guía de solución para casos futuros. Como ventaja, indican que utilizar el test tripartito evita el riesgo de cambiar el análisis sobre la importancia de un derecho y el efecto que la restricción tiene en él, para enfocarse en valorar la importancia del interés público. Lo cual impide que se conceda más valor a los bienes colectivos que a los derechos individuales⁵⁸⁸.

En este contexto, coincido con Brems, Lavrysen y Gerards en que el TEDH debería aplicar el clásico test de proporcionalidad, incluyendo el test de la medida menos restrictiva a fin de determinar las opciones menos restrictivas y eficaces. Para ello, debe analizar si las medidas son temporales o permanentes, así como las intensidades de injerencia y satisfacción que éstas significan para los derechos en conflicto. Considero que aplicar de esta forma el análisis de proporcionalidad en todos los casos puede ayudar a establecer mejores criterios de uso del margen de apreciación y la construcción de reglas-resultado y precedentes jurisprudenciales para fortalecer la certeza jurídica del sistema.

Esto es imprescindible en un sistema supranacional de protección de derechos humanos, ya que siempre es necesario que los criterios que guíen a los

⁵⁸⁸ Cfr. BREMS, Eva. LAVRYSEN, Laurens. "Less restrictive means in the European Court of Human Rights case law", in Human Rights Law Review, Oxford, 2015, pp. 139- 168.

Estados sean claros a fin de que adecúen sus políticas públicas en sintonía con las obligaciones emanadas del CEDH, pues el Derecho considerado como sistema necesita criterios o parámetros que reflejen la existencia de coherencia⁵⁸⁹, en aras de reafirmar la seguridad jurídica.

⁵⁸⁹ Cfr. AMAYA, Amalia; “Legal justification by optimal coherence”, en *Ratio Juris*, an International Journal of jurisprudence and philosophy of law, september 2011, pp. 304 – 329.

CAPÍTULO V
LAS RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA AMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS

I. Restricciones o limitaciones a los DF regulados por la CADH

La protección efectiva de los derechos fundamentales en el SIDH está determinada por las obligaciones que los Estados han asumido en virtud de la CADH. Este tratado, conforme a lo establecido en la CV69, tiene aplicación directa en los ordenamientos internos de los Estados que lo ratificaron, y las obligaciones que de ésta emanan deben cumplirse de buena fe, evitando generarse obstáculos en el derecho interno para lograr dicha tarea⁵⁹⁰. Del mismo modo, la jurisprudencia de la CorteIDH tiene eficacia directa en el derecho interno de los Estados partes debido a que la Corte constituye el órgano jurisdiccional competente para interpretar la CADH⁵⁹¹. En este sentido, tanto la Convención como la jurisprudencia de la Corte son consideradas derecho interno de fuente internacional, siguiendo la doctrina de integración entre el DIDH y el derecho interno.

La principal obligación que han asumido los Estados que han ratificado la CADH es la de respetar y garantizar los DF. La obligación de respetar implica cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación, de parte de cualquier agente estatal, cualquiera que sea su carácter o condición a fin de no violar, directa ni indirectamente, los

⁵⁹⁰ Ver artículos 27, 31.1, y 36 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

⁵⁹¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 62,3 de la CADH y el artículo 1 del Estatuto de la CorteIDH.

derechos y libertades reconocidos en la CADH⁵⁹². La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo su sistema interno en sus diferentes estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Dicha obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, se necesita además una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁵⁹³.

Dentro de la protección contenida en la CADH se han reconocido derechos absolutos y otros que pueden estar sujetos a restricciones denominadas legítimas, siempre y cuando cumplan con los criterios generales que determina la Convención. Dicho de otro modo, además de la protección de derechos individuales, la Convención estipula la protección del interés público y la protección de los derechos de los demás en un sentido colectivo, a través de normas que autorizan a los Estados a tomar medidas para limitar o restringir los derechos en situaciones específicas.

Las cláusulas de limitaciones o restricciones permitidas a los DF han sido establecidas en los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH. En el caso del artículo 12 sobre el derecho a la libertad de conciencia y de religión, en los incisos 2 y 3 se establece que: “2. Nadie puede ser objeto de medidas

⁵⁹² Cfr. GROS ESPIELL, Héctor; *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 65. Cfr. NASH ROJAS, Claudio; *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009, p. 30. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. PELAYO MÖLLER, Carlos María; *Las obligaciones generales de la Convención americana de derechos humanos. Deber de respeto, adecuación y garantía de derecho interno*, UNAM, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2017, ver capítulo I.

⁵⁹³ Esta es la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte desde el Caso Velásquez Rodríguez. CortelDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1998, párrafos 166 y 167.

restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. Y 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.”

Del mismo modo, el artículo 13 sobre la protección de la Libertad de pensamiento y expresión, regula como limitación de este derecho que: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Respecto al derecho de reunión, el artículo 15 establece que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a: “restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

En el mismo sentido, la protección de la libertad de asociación regulada en el artículo 16 estipula restricciones que deben ser: “2. previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

Como se puede apreciar de la redacción de los artículos citados, dichas cláusulas generalmente se encuentran en el párrafo segundo de estos artículos

(a excepción del artículo 15) y se consideran como “limitaciones” o “restricciones” en la redacción de los artículos citados. El uso de términos diferentes no implica significados diferentes, en los dos casos se trata de limitaciones o restricciones a los derechos en circunstancias específicas, que han sido taxativamente detalladas en la CADH. Así lo demuestra la jurisprudencia de la CorteIDH que utiliza indistintamente dichos términos cuando realiza la supervisión de conformidad de las obligaciones del Estado respecto a los mencionados artículos de la Convención.

El hecho de que la CADH contenga las denominadas cláusulas de limitación o restricción no implica que los Estados tengan que imponer restricciones, tampoco les impide regularlas, siempre y cuando reúnan los criterios establecidos en la Convención. Así, se constituyen en excepciones legítimas a la regla general de protección de los derechos enunciados. Por ello, si faltara alguno de los elementos requeridos para imponerlas, la restricción no puede ser considerada legítima sino violatoria; por lo que los derechos deben ser respetados sin injerencia alguna.

Lo cual coincide con lo establecido en el artículo 29 respecto a que ninguna disposición de la CADH puede ser interpretada en el sentido de: “b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Del mismo modo, el artículo 30 precisa que “las restricciones permitidas no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Todo lo regulado se relaciona con lo establecido referente a la correlación entre derechos y deberes que existe en

el SIDH, conforme a lo señalado en el artículo 32 inciso 2: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Lo que vale decir, que se combina un sistema de protección en doble dimensión, de forma individual y a la vez colectiva, en aras de armonizar su coexistencia en una sociedad democrática.

Las restricciones permitidas en el SIDH están establecidas de manera taxativa en base a categorías generales que hacen referencia a conceptos indeterminados, los que van siendo especificados a través de la interpretación jurisprudencial efectuada por la CorteIDH. Los artículos 30 y 32 precisan criterios de restricción generales para proteger derechos que no contengan cláusulas específicas de restricción, y refuerzan las que expresan criterios concretos, puesto que toda limitación que se imponga a los derechos protegidos por la CADH tendrá que respetar los criterios señalados en estos artículos.

En el caso del artículo 30, la Corte ha establecido específicamente que éste no puede ser entendido como una autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la CADH, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, señala que el significado de dicho artículo es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas⁵⁹⁴. En cuanto al artículo 32.2, la Corte ha determinado que éste es aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, especialmente cuando no se especifican taxativamente

⁵⁹⁴ Cfr. CorteIDH; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrafo 17.

las causas legítimas para establecer restricciones o limitaciones a un derecho determinado. Así, ha precisado que dicho artículo contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la CADH no dispone en concreto criterios sobre posibles restricciones legítimas.

Lo que vale decir que, los Estados al momento de regular restricciones deben hacerlo teniendo en consideración los criterios antes enunciados, de lo contrario violarán un derecho protegido por la CADH e incumplirán las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la Convención.

Este tipo de cláusulas contienen tres requisitos que deben ser cumplidos por las autoridades estatales para justificar la interferencia en el derecho protegido. Estos requisitos según lo establecido en la CADH se refieren a restricciones, limitaciones o injerencias previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática.

Por ello, para efectos de la presente investigación, cuando se alega la restricción de un derecho contenido en los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH, la CortelDH analiza si la restricción o limitación alegada es legítima a través de un test dividido en 3 partes: 1) que esté prescrita por ley, 2) que esté destinada a proteger, ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública y 3) que sea necesaria en una sociedad democrática⁵⁹⁵. Si todos estos

⁵⁹⁵ La CortelDH ha expresado: “al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito para el cual han sido establecidas’. Este criterio teleológico (...) establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”. CortelDH; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrafo 18.

requisitos no son cumplidos en su totalidad la Corte determina que el derecho ha sido ilegítimamente restringido o limitado, y, en consecuencia, el Estado ha violado un derecho protegido por la CADH.

A continuación se analiza la forma como la Corte realiza aplica el examen de proporcionalidad de las medidas restrictivas de DF, en base al estudio de la jurisprudencia emitida en la materia en los últimos diez años.

II. Estudio de casos sobre restricciones a los DF en el SIDH

Para realizar este trabajo se estudiaron un universo de 6 sentencias emitidas por la CorteIDH en los últimos 10 años respecto a restricciones a los DF en virtud de los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH. Debido a que el buscador de jurisprudencia de la Corte no es tan amigable como el HUDOC del TEDH, la selección fue realizada de forma individual revisando cada sentencia emitida por la Corte desde el año 2008 hasta el 2018.

Para seleccionar los casos se tuvo en cuenta que éstos se refieran solamente a las restricciones permitidas por la CADH. Por lo que se descartaron aquellas sentencias que se pronunciaron sobre violaciones directas al contenido de dichos derechos en virtud del inciso primero de cada artículo. Es preciso destacar que las 6 sentencias seleccionadas corresponden solamente a restricciones impuestas a la libertad de expresión, debido a que no se encontraron casos sometidos a la Corte por restricciones a los derechos contenidos en los artículos 12, 15 y 16 que cumplieran el requisito de referirse a restricciones permitidas.

A continuación se exponen las fichas que contienen, además de los hechos del caso y un resumen de la forma en que la CorteIDH examinó las restricciones impuestas, así como mis reflexiones sobre el análisis realizado por dicha Corte.

1. Caso Kimel contra Argentina⁵⁹⁶

El reclamante periodista e historiador publicó el libro titulado “La masacre de San Patricio”. En este libro se analizó el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina en 1976, durante la última dictadura militar. Asimismo, se criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas la de un juez en particular. Dicho juez inició una acción penal en contra el reclamante por el delito de calumnia. Luego de concluido el proceso penal seguido en su contra, se resolvió que el señor Kimel fuese condenado a un año de prisión y al pago de una multa de veinte mil pesos por dicho delito.

En este sentido, la Corte determinó la existencia de un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos, e indicó que la prevalencia de alguno depende de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. Razón por la cual analizó la medida restrictiva como se expone a continuación.

- (i) Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)⁵⁹⁷

La Corte declaró que cuando la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer el principio de legalidad. Así, recordó que dicha norma debe estar formulada en forma expresa, precisa, taxativa y previa para brindar seguridad jurídica al ciudadano.

⁵⁹⁶ CortelDH; Caso Kimel contra Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafos 42 a 75.

⁵⁹⁷ Ver párrafos 63 a 67 de la sentencia.

Se estableció que el reclamante fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia cambió la calificación originaria del delito y decidió que se trataba del delito de calumnia. Debido a ello, y a lo manifestado por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte consideró que la tipificación penal correspondiente contravenía lo establecido en la CADH respecto al principio de legalidad y protección del derecho a la libertad de expresión.

(ii) **Idoneidad y finalidad de la restricción**⁵⁹⁸

Se precisó que la CADH protege el derecho a la honra de los jueces, lo que también se enmarca en la protección de la “reputación de los demás” como motivo para fijar una restricción legítima al ejercicio de la libertad de expresión. Por lo que se declaró la existencia de un fin legítimo acorde con la Convención. Además, se señaló que la vía penal era idónea porque servía al fin de salvaguardar el bien jurídico que se buscaba proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advirtió que esto no significaba la declaración de que en el caso concreto la vía penal fuera necesaria y proporcional.

(iii) **Necesidad de la medida utilizada**⁵⁹⁹

La Corte precisó que no consideraba contraria a la CADH cualquier medida penal respecto a la expresión de informaciones u opiniones. No obstante, advirtió que dicha posibilidad se debía analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pusieran de manifiesto la absoluta

⁵⁹⁸ Ver párrafo 71 de la sentencia.

⁵⁹⁹ Ver párrafos 75 a 80 de la sentencia.

necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. Para ello, precisó que la carga de la prueba debía recaer en quien formulaba la acusación. Del mismo modo, reiteró que la tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias podía resultar contraria al principio de intervención mínima y de *última ratio* del derecho penal.

En cuanto a la labor periodística señaló que no se debía olvidar el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. Debido a lo cual, los periodistas tenían el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes. Deber que se consideró cumplido por el reclamante, razón por la que, la Corte determinó que existió abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado debido la naturaleza de la sanción (privación de libertad) aplicada al reclamante y la repercusión sobre sus bienes jurídicos a causa de la indemnización impuesta.

(iv) **Estricta proporcionalidad de la medida**⁶⁰⁰

La Corte precisó que la restricción impuesta al reclamante tendría que lograr una importante satisfacción del derecho al honor y la reputación sin violar el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Así, determinó que tendría que analizar: el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario, y si la satisfacción de éste justificaba la restricción del otro.

- *El grado de afectación de la libertad de expresión.* - se tomaron en cuenta las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible

⁶⁰⁰ Ver párrafos 83 a 95 de la sentencia.

pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal para determinar que la medida restrictiva impuesta fue grave. Se precisó que incluso la multa constituyó, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario.

- *La importancia de la satisfacción del derecho a la honra.*- se recordó que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozaban de mayor protección, pues este tipo de funcionarios estaban más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Sus actividades salían del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Por lo que, se indicó que el control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Así, se concluyó que, en una sociedad democrática, la prensa debía informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectaran bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

- *La satisfacción del derecho a la honra justificaba la restricción del derecho a la libertad de expresión.*- se determinó que, la crítica realizada por el reclamante versó sobre temas de notorio interés público. Su opinión se relacionó con la causa judicial a cargo del juez, más no con su vida personal, ni se le imputó una conducta ilícita. Así, se precisó, que dichas opiniones no podían considerarse ni verdaderas ni falsas. Se tuvo en cuenta que los juicios de valor no pueden someterse a requisitos de veracidad, por lo que, no debieron ser objeto de sanción, debido a que expresaron un juicio de valor

sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En razón de esto, la Corte concluyó que la afectación a la libertad de expresión del reclamante fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra.

Análisis del caso.- Como se puede apreciar este es un caso paradigmático en el que la Corte realizó el test de proporcionalidad respetando todos los requisitos del test de tradición germánica, desarrollado ampliamente por Alexy. Cumple con analizar la norma que impone la medida restrictiva a fin de establecer un nexo causal con el objetivo perseguido que en este caso sería proteger el derecho a la honra de un funcionario público. Al examinar la ley indica las fallas que encuentra, pues tratándose de una norma penal se exige que la tipificación sea taxativa y precisa, especialmente si impone restricciones a la libertad de expresión.

En cuanto al análisis de la necesidad de la medida, si bien es cierto enuncia una serie de argumentos que justifican que la medida no resulte necesaria, se pronuncia solamente en base a la sanción penal, sin referirse a otro tipo de medidas. Aunque, indica que incluso la sola imposición de una multa en el marco de una sanción penal resulta una grave injerencia para el derecho a la libertad de expresión, no por ello, deja de precisar que la vía penal no es rechazada por completo para proteger el derecho a la honra. Solamente aclara que, la imposición de una medida restrictiva, a través de esta vía, es excepcional y debe ser cautelosamente valorada en función de los hechos concretos del caso, del dolo y de la prueba aportada por quien acusa.

Al ponderar los derechos en conflicto, en primer lugar señala los principios generales establecidos en su jurisprudencia. Así, se determina que ambos

derechos son importantes, constituyen principios en una sociedad democrática y deben ser protegidos para coexistir en armonía.

Posteriormente, se pronuncia sobre el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión y determina que es grave, indicando de forma expresa las razones que la llevan a establecer que la intensidad es grave: impacto de pena privativa de la libertad, efecto estigmatizador de la condena penal, impacto monetario debido a la indemnización a pagar. De este modo, se puede asumir que el peso abstracto de ésta es alto, por las razones que enuncia la Corte: se trata de un periodista pronunciándose sobre la forma en que cumple su labor un funcionario público, lo que promueve el debate en temas de interés público en el seno de una sociedad democrática.

Aunque no llega a determinar de forma concreta el grado de satisfacción que la restricción aporta al otro derecho en juego, es posible asumir que el derecho al honor del funcionario público queda medianamente realizado (satisfacción media) debido a que el umbral de protección de éstos es diferente ya que se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, y sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Por lo que se puede concluir que el peso abstracto que se le atribuye es bajo en relación a la libertad de expresión.

Regla-resultado enunciada.- Este caso resulta un *leading case* de estudio obligatorio debido a que el análisis de proporcionalidad fue correctamente aplicado y evidenció que la Corte aplica reglas extraídas de casos anteriores, respecto a la delimitación del contenido de la libertad de expresión y del derecho al honor, como se detalla a continuación:

- *Contenido de la libertad de pensamiento y de expresión:* derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social; ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Por tanto, se prohíbe la censura previa, se acepta la posibilidad de imponer restricciones por el ejercicio abusivo de este derecho. No obstante, dichas restricciones son excepcionales y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

- *Contenido del derecho al honor de los funcionarios públicos:* las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. Los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público, lo cual fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, se debe otorgar mayor tolerancia a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático, en aras de promover el pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

Así, se verifica que la Corte aplica las reglas establecida en precedentes jurisprudenciales que son aplicables a situaciones similares, sin dejar de lado las circunstancias específicas del caso concreto. De ahí que, es posible extraer una regla-resultado de la ponderación efectuada por la Corte, que se enunciaría de la siguiente forma: la libertad de expresión es ampliamente protegida cuando se trata de periodistas informando de forma veraz sobre hechos de interés público, como el desempeño de un funcionario público, siempre y cuando no se ofrezca a la sociedad una información manipulada, sino que, por el contrario, promueva el debate y escrutinio público sobre la labor del Estado, entonces, no se puede imponer una medida que restrinja dicha libertad, puesto que el derecho al honor de un funcionario público no se ve afectado, debido a que la crítica no se centra en su vida privada sino en la esfera de su función pública, sobre la que está obligado a rendir cuentas a la sociedad. Esta regla-resultado es clara y debe ser aplicada a casos similares.

2. Caso Tristán Donoso contra Panamá⁶⁰¹

El reclamante se desempeñaba como asesor legal de una diócesis. El Obispo le solicitó asesorar al señor Sayed, quien estaba detenido por el delito de lavado de dinero. Sayed estaba siendo extorsionado para que pagara para obtener su libertad. En razón de lo cual autorizó a que se grabaran y filmaran sus conversaciones con los presuntos extorsionadores. No obstante, el Procurador, sin autorización del Ministerio Público, ordenó que se intervinieran los teléfonos de su casa. Debido a ello, se grabó una conversación telefónica entre el reclamante y el padre de Sayed, sobre la posible publicación de una nota de prensa que afirmarí que, a diferencia de la empresa perteneciente a

⁶⁰¹ CortelDH; Caso Tristán Donoso contra Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009, párrafos 42 a 75.

Walid Zayed, las dos empresas que presuntamente habían financiado la campaña de reelección como legislador del ex Procurador, con dinero procedente del narcotráfico, no habían sido investigadas por la presunta comisión del delito de lavado de dinero.

El ex procurador hizo pública la grabación de dicha conversación telefónica, pues alegó que la grabación era una especie de confabulación para perjudicar ya sea su persona o la imagen del Ministerio Público. A causa de ello, el reclamante inició un proceso penal contra el Procurador, en el cual no se dio una conferencia de prensa denunciando el espionaje telefónico del cual fue objeto de parte del Procurador. Éste interpuso una querrela por los delitos de injuria y calumnia contra el reclamante, quien fue condenado a una pena de 18 meses de prisión, la cual fue reemplazada por la obligación de pagar 75 días-multa.

En virtud de lo cual, se alegó la violación del derecho a la libertad de expresión, por lo que la Corte verificó la restricción impuesta mediante el siguiente análisis.

(i) Legalidad de la medida⁶⁰²

En primer lugar la Corte enunció los principios generales de interpretación y protección de los derechos a la libertad de expresión y del honor y la buena reputación⁶⁰³. Seguidamente, se limitó a enunciar que la ley que regulaba el delito de calumnia, por el cual fue condenado el reclamante, estaba previsto en el artículo 172 del Código Penal, el cual reunió los requisitos para ser una ley en sentido formal y material.

⁶⁰² Ver párrafo 117 de la sentencia.

⁶⁰³ Ver párrafos 109 a 116 de la sentencia.

(ii) **Finalidad legítima e idoneidad de la medida**⁶⁰⁴

Sin mayor análisis la Corte enunció que la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, señaló que el instrumento penal es idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo.

(iii) **Necesidad de la medida**⁶⁰⁵

La Corte recordó que se debe “ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”⁶⁰⁶.

En este contexto, en primer lugar reiteró su jurisprudencia constante sobre la protección a la libertad de expresión de las opiniones o afirmaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes.

En segundo lugar, observó que la forma en que un funcionario público de alta jerarquía, como lo es el Procurador General de la Nación, realizó las funciones que le han sido atribuidas por ley como la interceptación de comunicaciones telefónicas, y si fueron efectuadas de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional, revestía el carácter de interés público. Por lo que, determinó que el cuestionamiento realizado por el reclamante sobre la grabación y publicidad de su conversación con un cliente sin tener las

⁶⁰⁴ Ver párrafo 118 de la sentencia.

⁶⁰⁵ Ver párrafos 119 a 130 de la sentencia.

⁶⁰⁶ Ver párrafo 123 de la sentencia.

autorizaciones debidas conforme a la ley, constituían un tema de gran interés público en el marco de un intenso debate público sobre las atribuciones del Procurador General de la Nación para interceptar y grabar conversaciones telefónicas.

En cuanto a la sanción penal, precisó que el cambio de pena privativa de libertad por el pago de días-multa no resultó excesivo; no obstante, reiteró que una condena penal impuesta como restricción a la libertad de expresión por los hechos enunciados resultaba innecesaria. Del mismo modo, se pronunció sobre la sanción civil de indemnización, indicando que el temor a la sanción civil por una reparación civil sumamente elevada, podía ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidora para el ejercicio de la libertad de expresión como la sanción penal, por el impacto en la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disuasorio para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.

En razón de lo cual, la Corte concluyó que la medida restrictiva impuesta mediante una sanción penal al reclamante fue manifiestamente innecesaria en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso, por lo que resultaba violatoria al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del reclamante.

Análisis del caso.- La Corte realizó el análisis de ponderación de forma correcta, no con la precisión mostrada en Kimel, pese a ello siguió la estructura del test germánico. Cuando digo que la precisión no fue la de Kimel, es porque el análisis de idoneidad de la medida fue bastante escueto, pese a que existen reglas y precedentes aplicables que provienen del Caso Kimel referentes a las

características de la norma penal que impone restricciones a la libertad de expresión. No obstante, pareciera que la Corte enmienda dicha omisión al realizar el examen de necesidad donde enuncia argumentos que justifican que no las medidas restrictivas penales exceden el poder punitivo del Estado y resultan innecesarias para proteger el derecho a la honra de un funcionario público.

Al ponderar los derechos en conflicto, en primer lugar señala los principios generales establecidos en su jurisprudencia. Así, se determina que ambos derechos son importantes, constituyen principios en una sociedad democrática y deben ser protegidos para coexistir en armonía.

Posteriormente, se pronuncia sobre el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión y aunque no determina de forma concreta la intensidad de la injerencia, es posible asumir que ésta es grave. Esta reconstrucción es posible gracias a los argumentos que se enuncian: impacto de la sanción penal, aunque haya sido cambiada por días-multa, impacto monetario y familiar debido a la indemnización a pagar. De este modo, se puede asumir que el peso abstracto de ésta es alto, por las razones que enuncia la Corte: se trata de un abogado denunciando la forma en que cumple su labor un funcionario público (intervención telefónica no autorizada y publicidad de la grabación), lo que promueve el debate en temas de interés público en el seno de una sociedad democrática.

Aunque no llega a determinar de forma concreta el grado de satisfacción que la restricción aporta al otro derecho en juego, es posible asumir que el derecho al honor del funcionario público queda medianamente realizado (satisfacción media) debido a que el umbral de protección de éstos es diferente ya que se

han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, y sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Por lo que se puede concluir que el peso abstracto que se le atribuye es bajo en relación a la libertad de expresión.

Regla-resultado enunciada.- Además de los precedentes enunciados anteriormente respecto al contenido de la libertad de expresión, del derecho al honor y la forma como la Corte aborda el examen de este tipo de casos, se puede apreciar que se aplica la regla-resultado enunciada en la solución del caso Kimel, por tratarse de un caso similar aunque con algunas variantes fácticas que no ameritan apartarse de la misma.

Así, la regla que se puede extraer es: la libertad de expresión es ampliamente protegida cuando se expresan opiniones sobre hechos de interés público, como el desempeño de un funcionario público, pues se promueve el debate y escrutinio público sobre la labor del Estado, entonces, no se puede imponer una medida que restrinja dicha libertad, aunque se trate de una sanción civil de indemnización, puesto que el derecho al honor de un funcionario público no se ve afectado, debido a que la crítica no se centra en su vida privada sino en la esfera de su función pública, sobre la que está obligado a rendir cuentas a la sociedad. Esta regla-resultado tiene dos variantes: no se trata de un periodista sino de un ciudadano, y la sanción es el pago de días multa y de una indemnización; no obstante, estas variantes fáctica no alteran el resultado de la regla que sigue siendo la misma de la solución Kimel, mostrándose así que pese a ciertas variantes propias del caso concreto debe seguir siendo aplicada a casos similares.

3. Caso Usón Ramírez contra Venezuela⁶⁰⁷

El reclamante es un militar retirado que en un programa de televisión explicó cómo funcionaba un lanzallamas y los procedimientos que se necesitan en la Fuerza Armada para utilizarlo. Como consecuencia de sus declaraciones emitidas fue juzgado y condenado a cumplir la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de injuria contra la Fuerza Armada Nacional, sentencia que quedó firme pese a los diversos recursos que interpuso. Razón por la cual el reclamante alegó que su derecho a la libertad de expresión fue violado.

La Corte manifestó que su examen valoraría el conflicto entre el derecho individual del reclamante a la libertad de expresión y el supuesto derecho al honor que la normativa interna reconoce a la institución de las Fuerzas Armadas. Así pues, declaró que el análisis se centraría en: (i) verificar si la tipificación del delito de injuria contra las Fuerzas Armadas afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; (ii) estudiar si la protección de la reputación de las Fuerzas Armadas sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluar la necesidad de tal medida, y (iv) analizar la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Usón Ramírez garantizó en forma amplia el derecho a la reputación de las Fuerzas Armadas, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

- (i) La estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad penal)⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ CortelDH; Caso Usón Ramírez contra Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, párrafos 45 a 88.

La Corte recordó que cuando una restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Señaló que en jurisprudencia previa se ha establecido que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

Por lo que concluyó que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, en base al cual fue condenado el reclamante, no delimitaba estrictamente los elementos de la conducta delictuosa, ni considera la existencia del dolo, resultando así en una tipificación vaga y ambigua en su formulación como para responder a las exigencias de legalidad contenidas en la CADH.

(ii) Finalidad de la restricción e idoneidad de la vía penal⁶⁰⁹

Se observó que, si bien el sujeto del derecho al honor o a la reputación en este caso se trataba de las Fuerzas Armadas, no de una persona física, y por ende no estaba protegido por la Convención, no obstante, se tuvo en cuenta que la protección del derecho al honor o a la reputación en sí estaba considerada en la Convención como una de las finalidades legítimas para justificar una restricción al derecho a la libertad de expresión. Por tanto, la Corte consideró que la finalidad en cuestión en el presente caso era legítima, debido a que pretendía proteger un derecho que la normativa interna venezolana concedía a

⁶⁰⁸ Ver párrafos 53 a 58 de la sentencia.

⁶⁰⁹ Ver párrafos 63 a 68 de la sentencia.

las Fuerzas Armadas y que en términos generales se encontraba reconocido en la Convención Americana respecto de personas naturales.

Sin embargo, aclaró que la legitimidad del fin era sólo uno de los elementos en el presente análisis de proporcionalidad y no necesariamente hacía que la restricción en cuestión fuera legal, necesaria o proporcional. Especialmente debido a que se consideró que la vía penal no resultaba idónea para salvaguardar el bien jurídico que se pretendía proteger.

(iii) Necesidad de la medida utilizada⁶¹⁰

La Corte reiteró que el Derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo que, precisó que la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como ultima ratio, a fin de evitar el ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. Así, determinó que el ejercicio del poder punitivo del Estado resultaba abusivo e innecesario para efectos de tutelar el derecho a la honra, cuando el tipo penal en cuestión no establecía claramente qué conductas implican una grave lesión a dicho derecho.

(iv) Estricta proporcionalidad de la medida⁶¹¹

La Corte recordó que, en este paso del análisis se considera si la restricción resultaba estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquélla no resultara exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. Declaró que ha hecho suyo este método al señalar que las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del

⁶¹⁰ Ver párrafos 73 a 75 de la sentencia.

⁶¹¹ Ver párrafos 81 a 88 de la sentencia.

pleno goce de un derecho garantizado por la Convención y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en la misma. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en un derecho protegido. Con esta reflexión la Corte indicó que tendría que ponderar los dos derechos en conflicto verificando:

- *el grado de afectación de uno de los bienes en juego.*- consideró lo que implicaba la condena penal para el reclamante en virtud de la pena, los antecedentes generados, la pérdida de ingresos, la lejanía familiar, la estigmatización en general de cumplir una pena privativa de libertad, por lo que concluyó que la afectación en el derecho a la libertad del reclamante fue verdaderamente grave.

- *la importancia de la satisfacción del bien contrario.*- se reconoció la gran importancia de que se satisfaga el derecho al honor o a la reputación respecto de quien ha sido injuriado, particularmente si se trata de una imputación de un delito grave con respecto a un individuo. Sin embargo, se aclaró que la satisfacción de dicho bien no necesariamente justifica la restricción del derecho a la libertad de expresión en todo caso.

- *si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.*- se recordó que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, pues en una sociedad democrática dichas instituciones están expuestas al escrutinio y la crítica del público, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. De ahí que se debió conceder la mayor tolerancia frente a afirmaciones

y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Así, se determinó que las opiniones del reclamante se relacionaban con temas de notorio interés público. La Corte valoró que la opinión del reclamante estuvo condicionada a que se comprobaran los hechos sobre los que se basó. Por lo que, concluyó que tal condicionamiento no podía ser sometido a requisitos de veracidad y demostraba que se carecía del dolo específico de injuriar, ofender o menospreciar, ya que, de haber tenido la voluntad de hacerlo, el reclamante no habría condicionado su opinión de tal manera. En consecuencia, se declaró que la medida restrictiva impuesta al reclamante violó su derecho a la libertad de expresión.

Análisis del caso.- Como se puede apreciar en este caso la Corte realizó el test de proporcionalidad respetando todos los requisitos del test de tradición germánica, desarrollado ampliamente por Alexy. Cumple con analizar la norma que impone la medida restrictiva a fin de establecer un nexo causal con el objetivo perseguido que en este caso sería proteger el derecho a la honra de las Fuerzas Armadas, fin que correspondería a la protección de los derechos de los demás. Al examinar la ley indica las fallas que encuentra, pues tratándose de una norma penal se exige que la tipificación sea taxativa y precisa, especialmente si impone restricciones a la libertad de expresión.

En cuanto al análisis de la necesidad de la medida, si bien es cierto enuncia una serie de argumentos que justifican que la medida no resulta necesaria, se pronuncia solamente en base a la sanción penal, sin referirse a otro tipo de medidas menos restrictivas.

Al ponderar los derechos en conflicto, en primer lugar señala los principios generales establecidos en su jurisprudencia. Así, se determina que ambos

derechos son importantes, constituyen principios en una sociedad democrática y deben ser protegidos para coexistir en armonía.

Posteriormente, se pronuncia sobre el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión y determina que es grave, indicando de forma expresa las razones que la llevan a establecer que la intensidad es grave: impacto de pena privativa de la libertad, pérdida de ingreso, lejanía familiar, efecto estigmatizador de la condena penal. De este modo, se puede asumir que el peso abstracto de ésta es alto, por las razones que enuncia la Corte: se trata de un ciudadano, ex militar, que emite opinión respecto a la actuación de las Fuerzas Armadas nacionales, lo que promueve el debate en temas de interés público en el seno de una sociedad democrática.

Aunque no llega a determinar de forma concreta el grado de satisfacción que la restricción aporta al otro derecho en juego, es posible asumir que el derecho al honor del funcionario público queda medianamente realizado (satisfacción media) debido a que el umbral de protección de éstos es diferente ya que se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, y sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Por lo que se puede concluir que el peso abstracto que se le atribuye es bajo en relación a la libertad de expresión.

Regla-resultado enunciada.- Además de los precedentes enunciados anteriormente respecto al contenido de la libertad de expresión, del derecho al honor y la forma como la Corte aborda el examen de este tipo de casos, se puede apreciar que se aplica la regla-resultado enunciada en la solución del Caso Usón, por tratarse de un caso similar.

Así, la regla que se puede extraer es: la libertad de expresión es ampliamente protegida cuando se expresan opiniones sobre hechos de interés público, como el desempeño de un funcionario público, pues se promueve el debate y escrutinio público sobre la labor del Estado, entonces, no se puede imponer una medida penal de pena privativa de libertad que restrinja dicha libertad, puesto que el derecho al honor de un funcionarios públicos (como los miembros de las Fuerzas Armadas) no se ve afectado, debido a que la crítica se centra solamente en la esfera de su función pública, sobre la que existe la obligación a rendir cuentas a la sociedad. Esta regla-resultado, con sus variantes fácticas, se aplicó pena privativa de libertad a un ciudadano ex militar, no alteran el resultado de la regla (una combinación de Kimel y Usón) sigue siendo la misma, por lo que puede seguir siendo aplicada a casos similares.

4. Caso Fontevecchia y D'amico contra Argentina⁶¹²

Los hechos del presente caso se refieren a dos publicaciones consignadas en una revista en 1995, donde se hablaba del presunto hijo no reconocido por el entonces Presidente de Argentina, Carlos Menem. Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico eran los periodistas editores de dicha revista. Menem demandó civilmente a la revista y a los reclamantes, alegado daño moral causado por la supuesta violación de su derecho a la intimidad. En el proceso interno se condenó a la editorial y a los reclamantes a pagar un monto indemnizatorio por daños. Así la Corte indicó que su examen verificaría que la restricción impuesta cumpla con los requisitos que se explican a continuación.

(i) Legalidad de la medida⁶¹³

⁶¹² CortelDH; Caso Fontevecchia y D'amico contra Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, párrafos 42 a 75.

⁶¹³ Ver párrafo 52 de la Sentencia.

Se determinó que la protección del derecho a la intimidad, por cuya violación fueron condenados civilmente los reclamantes, estaba prevista en el artículo 1071 bis del Código Civil, mismo que reunía los requisitos para ser una ley en sentido formal y material. La Corte llegó a esta conclusión sin mayor análisis.

(ii) Finalidad e idoneidad de la medida⁶¹⁴

Se recordó que los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección de su derecho a la vida privada, y que el derecho a la libertad de expresión puede ser restringido para proteger los derechos de los demás. Por lo que, se determinó que la protección del derecho a la vida privada de toda persona constituye un fin legítimo para imponer una restricción a otro derecho conforme a la CADH, y la vía civil es idónea porque sirve al fin de salvaguardar, a través de medidas de reparación de daños, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo.

(iii) Necesidad de la medida⁶¹⁵

En primer lugar la Corte enunció los principios generales de interpretación de los dos derechos en concurrencia conforme a los precedentes jurisprudenciales desarrollados. Posteriormente valoró la actuación del juez interno en su tarea de ponderar los dos derechos en conflicto.

En el examen del ejercicio de ponderación realizado por el Poder Judicial, la Corte subrayó que se debió tomar en consideración el contexto en el que se realizaron las expresiones sobre asuntos de interés público para ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o

⁶¹⁴ Ver párrafo 53 de la Sentencia.

⁶¹⁵ Ver párrafos 54 a 75 de la Sentencia.

preocupación pública. Así, señaló que los jueces internos no cumplieron con analizar si la información cuestionada tuvo o no carácter de interés público o contribuyó a un debate de interés general. Por el contrario, la Corte encontró que en su decisión se hizo referencia a los alegados aspectos de la vida privada de manera aislada de las cuestiones de interés público que de ellos se derivaban y que constituyeron el aspecto fundamental de las publicaciones efectuadas y del análisis que debió realizarse a nivel nacional.

De ahí que la CorteIDH realizó la ponderación de los hechos del caso, centrándose en examinar las cuestiones olvidadas por el juez nacional. Así, determinó que la persona objeto de la publicación fue un funcionario público que ostentaba el más alto cargo electivo de su país, Presidente de la Nación y, por ello, estaba sujeto al mayor escrutinio social, no sólo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público. Del mismo modo, precisó que el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo. En este caso, la conducta del sr Menem no fue de resguardo de su vida privada en ese aspecto.

Respecto al contenido de la información valoró que versó sobre: la disposición de cuantiosas sumas de dinero hacia el presunto hijo y su madre por parte del entonces Presidente de la Nación; la entrega a dichas personas de regalos costosos; la presunta existencia de gestiones y favores económicos y políticos al entonces esposo de la madre del niño; que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión

luego objetó. Por ello, la Corte determinó que la información difundida por los reclamantes se refería a un asunto de carácter e interés público y su publicación resultó en un llamado para ejercer el control público y, en su caso, judicial respecto de aquellos hechos.

En cuanto a la sanción, la Corte reiteró que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.

En concreto, la Corte concluyó que no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De modo que, la medida restrictiva impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, no fue necesaria en una sociedad democrática en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada. En consecuencia, la Corte declaró que la medida restrictiva violó el derecho a la libertad de expresión de los reclamantes.

Análisis del caso.- Análisis del caso.- Como se puede apreciar en este caso la Corte realizó el test de proporcionalidad respetando todos los requisitos del test de tradición germánica, desarrollado ampliamente por Alexy. Cumple con analizar la norma que impone la medida restrictiva cumpla con las características determinadas en su jurisprudencia y verifica la existencia de un nexo causal con el objetivo perseguido que en este caso sería proteger el

derecho a la honra del más alto funcionario público del Estado, fin que correspondería a la protección de los derechos de los demás.

En cuanto al análisis de la necesidad de la medida, si bien es cierto enuncia una serie de argumentos que justifican que la medida no resulta necesaria, admite que la vía civil es una vía idónea para imponer restricciones legítimas a la libertad de expresión, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la CADH.

Al ponderar los derechos en conflicto, en primer lugar señala los principios generales establecidos en su jurisprudencia. Así, se determina que ambos derechos son importantes, constituyen principios en una sociedad democrática y deben ser protegidos para coexistir en armonía.

Posteriormente, se pronuncia sobre el grado de satisfacción del derecho a la honra y protección de la vida privada del más alto funcionario de un Estado, y determina que no hubo injerencia alguna en su derecho, por lo que, aunque la Corte no lo diga de forma expresa, su conclusión determinó que la intensidad de la satisfacción de dicho derecho fue alta. Pese a ello, se puede asumir que el peso abstracto de dicho derecho fue mediano en relación con la libertad de expresión. Esta reconstrucción se puede realizar a partir de las justificaciones dadas por la Corte, en referencia a que el contenido de la información sobre la vida privada del Presidente, al momento del reclamo, era de dominio público y versaba sobre temas de interés público debido a las sumas de dinero dispuestas y a la imputación de ciertos favores hechos al esposo de la madre del hijo no reconocido del Presidente.

En cuanto, a la intensidad de la injerencia en el derecho a la libertad de expresión, la Corte indicó que su intensidad fue grave, pese a que se trató de

una sanción civil. Esta reconstrucción es posible gracias a los argumentos que se enunciaron: se trataba de dos periodistas informando sobre hechos de público conocimiento, que versaban sobre la vida privada de un funcionario público que no ocultaba el tema a la esfera pública. La información promovió el debate público debido a las disposiciones de sumas de dinero y favores hechos al esposo de la madre del hijo no reconocido del Presidente, lo cual se consideró un tema de interés público, lo que promueve el debate en temas de interés público en el seno de una sociedad democrática. Por estas mismas razones, se puede asumir que el peso abstracto de la libertad de expresión es alto en comparación al del derecho al honor.

Regla-resultado enunciada.- Además de los precedentes enunciados anteriormente respecto al contenido de la libertad de expresión, del derecho al honor y la forma como la Corte aborda el examen de este tipo de casos, se puede apreciar que se aplica la regla-resultado enunciada en la solución de casos anteriores, por existir similitudes aunque con algunas variantes fácticas que no ameritaron apartarse de dichas soluciones.

Así, la regla que se puede extraer es: la libertad de expresión es ampliamente protegida cuando se expresan opiniones o se difunde información periodística verificable sobre hechos de interés público, aunque se trate de cierta parte de la vida privada de un funcionario público, siempre y cuando el tema siga impactando en la esfera pública de la vida de dicho funcionario, pues se promueve el debate y escrutinio público sobre la labor del Estado, entonces, no se puede imponer una medida que restrinja dicha libertad, aunque se trate de una sanción civil de indemnización, puesto que el derecho al honor de un funcionario público no se ve afectado, debido a que la crítica se centra en la

parte en que se intersectan su vida privada y pública, pues tiene un impacto en su desempeño como funcionario público, sobre la que está obligado a rendir cuentas a la sociedad. Esta regla-resultado tiene dos variantes: se trata de información realizada por periodistas sobre hechos conocidos y comprobables, no ocultados por el funcionario público, y la sanción es solamente civil (indemnización); no obstante, estas variantes fácticas no alteran el resultado de la regla que sigue siendo la misma solución de los casos anteriores, se estableció una relación de precedencia condicionada de la libertad expresión respecto al derecho a la honra y la vida privada. Mostrándose así, que pese a ciertas variantes propias del caso concreto la regla-resultado puede seguir siendo aplicada aunque las similitudes no sean totales.

5. Caso Mévoli contra Argentina⁶¹⁶

El presente caso se refiere a la alegada violación al derecho a la libertad de expresión de Carlos y Pablo Mévoli, por la condena penal por el delito de injuria (pena privativa de libertad suspendida de un y cinco meses respectivamente) impuesta a los reclamantes debido a sus denuncias públicas (declaraciones consideradas deshonrosas o desacreditantes contra la reputación de tres miembros de la Asociación) sobre la venta, supuestamente irregular, de nichos del cementerio local, por parte de la Comisión Directiva de la Asociación mutual de la ciudad de San Andrés de Giles.

Así, se determinó la existencia de un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, el cual requiere una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual debe examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de

⁶¹⁶ CortelDH; Caso Mévoli contra Argentina, Sentencia de 2 de agosto de 2013, párrafos 117 a 149.

apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

En virtud de ello, la CorteIDH recordó el estándar establecido en su jurisprudencia respecto a que las restricciones deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática, para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁶¹⁷. Conforme a dicho estándar la Corte procedió a examinar la restricción de la libertad de expresión de los reclamantes.

(i) Previamente fijada por ley

Se constató que las condenas impuestas a los reclamantes se hicieron con fundamento en una norma prevista en el ordenamiento jurídico argentino destinada a proteger una finalidad legítima y compatible con la Convención, como lo es la protección de la honra y la reputación de otras personas. Por lo que, concluyó que era suficientemente previsible que ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los reclamantes, en las que acusan a los querellantes como posibles autores o encubridores del delito de estafa, los califican como “delincuentes”, “inescrupulosos”, “corruptos” o que “se manejan con tretas y manganetas”, entre otras, pudieron dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o la reputación de los mismos⁶¹⁸. Determinó que al encontrar diferencias fácticas y jurídicas con el caso Kimel, donde se

⁶¹⁷ Ver párrafo 130 de la Sentencia.

⁶¹⁸ Ver párrafo 137 de la Sentencia.

establecieron estándares sobre la legalidad material de la norma, se apartó de lo establecido en dicho precedente.

(ii) Responder a un objetivo permitido por la Convención Americana

Se detectó un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra. En primer lugar, enunció el contenido de cada derecho en base a sus precedentes jurisprudenciales. Reconoció que la libertad de expresión no es un derecho absoluto que podía ser restringido siempre y cuando se reunieran los requisitos de necesidad y proporcionalidad, como medios para establecer responsabilidades ulteriores ante la expresión de informaciones u opiniones que afecten la honra o la reputación.

En consecuencia, determinó que la protección de la honra y la reputación de toda persona constituyen un fin legítimo para el establecimiento de restricciones a la libertad de expresión. Asimismo, recordó que las medidas penales podían ser idóneas para salvaguardar el bien jurídico que se buscaba proteger, en la medida en que podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo⁶¹⁹.

(iii) Ser necesaria en una sociedad democrática⁶²⁰

Se advirtió que, en estricta observancia de su competencia subsidiaria debía verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requirieran. Así, determinó que las expresiones de los reclamantes fueron examinadas en detalle por las autoridades judiciales internas al momento de establecerse la condena penal en su contra y valoró

⁶¹⁹ Ver párrafos 126 y 127 de la Sentencia.

⁶²⁰ Ver párrafos 131 a 149 de la Sentencia.

que en el proceso interno se llegó a las siguientes conclusiones: (i) las condenas por injurias fueron el resultado de un análisis detallado de cada una de las intervenciones, eximiéndolos de responsabilidad por expresiones consideradas opiniones que no desacreditaban a los querellantes y se les responsabilizó por expresiones, contenidas en dichas intervenciones que excedieron la simple opinión o análisis de la noticia, con el propósito de desacreditar o deshonorar a uno o varios de los querellantes; (ii) los tribunales internos constataron la existencia de *animus injuriandi* o dolo respecto de las expresiones por las cuales fueron condenados; (iii) absolvieron a las presuntas víctimas por la mayoría de las intervenciones por las cuales fueron denunciados, así como por el delito de calumnias, y (iv) al absolverlos por estas expresiones, los tribunales internos diferenciaron que algunas de estas expresiones constituían opiniones o tenían carácter potencial a efectos de eximirlos de responsabilidad penal por el delito de calumnias e injurias o constituían “relatos de hechos” o “crónicas periodísticas”⁶²¹.

Por lo que, la Corte determinó que el examen nacional constituyó una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, que justificó el establecimiento de responsabilidades ulteriores en su perjuicio. Del mismo modo, valoró que las expresiones de los reclamantes no involucraron a funcionarios o figuras públicas ni versaron sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado. Constató que sus denuncias y expresiones se produjeron en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que sólo afectaban a los miembros de una Asociación Mutual de carácter privado, sin que constara que el contenido de dicha información

⁶²¹ Ver párrafo 141 de la Sentencia.

tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender y ser de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles.

En definitiva, verificó que las condenas penales correspondieron a la pena mínima de prisión que establecía la norma interna y, en consecuencia, concluyó que las sanciones impuestas a los reclamantes no fueron desmedidas ni manifiestamente desproporcionadas de manera que se afectara su derecho a la libertad de expresión.

Análisis del caso.- Como se puede apreciar en este caso, aunque la Corte enunció que se debe realizar una ponderación de los derechos en conflicto para valorar la proporcionalidad de la restricción, se conformó solamente con hacer el control de la ponderación llevada a cabo a nivel interno, argumentando que no es un tribunal de cuarta instancia y que debido a la naturaleza del procedimiento supranacional, los particulares cuyo honor y reputación habrían sido afectados no tienen participación en el mismo, razón por la que consideró que las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro. Del mismo modo, manifestó que solamente en el caso de que las autoridades nacionales no cumplieran la tarea de forma correcta tendría que realizar una ponderación autónoma e independiente. Lo que no sucedió debido a que declaró que los jueces internos realizaron una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto.

No se puede negar que en el control realizado precisó el contenido de ambos derechos en conflicto, basándose en los precedentes jurisprudenciales existentes; determinó los principios que se aplicarían al caso concreto, incluso justificó el apartarse del precedente Kimel, en relación a la despenalización de

las de las expresiones relativas a asuntos de interés público penal; justificó las razones por las que avaló la ponderación interna; no obstante, no realizó el análisis de proporcionalidad de forma concreta, no se pronunció sobre la posibilidad de medidas alternativas, y no valoró las intensidades de afectación y de realización de los derechos en concurrencia, puesto que los jueces internos no lo hicieron.

A pesar de ello, es posible hacer la siguiente reconstrucción de las intensidades de satisfacción e injerencia de la medida restrictiva, así como de los pesos abstractos de los derechos en concurrencia, a partir de los argumentos expresado por la Corte. Se puede asumir que la intensidad de la injerencia en la libertad de expresión de los reclamantes fue leve debido a que las sanciones impuestas, si bien fueron penales, se refirieron a penas privativas de libertad suspendidas breves y que quedaron agotadas. Además, se determinó que las expresiones de los reclamantes fueron emitidas sobre temas privados que concernían a una Asociación privada, y por lo tanto, no resultaban de interés público ni promovieron el debate público en una sociedad democrática. Por lo que se puede concluir que el peso abstracto de este derecho fue bajo.

En cuanto a la intensidad de satisfacción del derecho a la honra, se puede asumir que fue alta, al igual que su peso abstracto, pues la medida restrictiva tuvo una conexión causal con el fomento de dicho fin, debido a que las opiniones manifestadas versaron sobre temas de interés privado y respecto a asuntos que no fueron calificados como delitos (alegada estafa a la Asociación) a nivel interno.

Regla-resultado enunciada.- La regla que se puede enunciar es que, el ámbito de protección del derecho a la honra es amplio cuando se trata de expresiones sobre personas que no cumplen una función pública y versa sobre temas que no son de interés público, por lo que, en estos caso, la libertad de expresión puede ser legítimamente restringida, incluso a través de una sanción penal, siempre que las razones que motivan dicha restricción sean justificadas de manera razonable por las autoridades nacionales, en virtud de los principios establecidos por la CADH:

6. Caso Lagos del Campo contra Perú⁶²²

El señor Alfredo Lagos del Campo fue Presidente electo por la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la Empresa Ceper-Pirelli, donde laboró por más de 13 años Fue despedido como consecuencia de sus declaraciones realizadas a la revista “La Razón” debido a que denunció que el Directorio de la empresa presuntamente habría empleado el “chantaje y la coerción” para llevar a cabo “fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral”. Las elecciones fueron posteriormente anuladas por el Ministerio de Industria y se realizó un nuevo proceso. Posteriormente, la empresa le imputó la falta laboral de “faltamiento grave de palabra” en agravio del empleador y lo despidió. El reclamante inició un proceso judicial por despido “improcedente e injustificado”, pues la falta grave imputada no fue debidamente comprobada. La Empresa logró que el fallo resultara a su favor. Los diversos recursos interpuestos por el reclamante para la revisión del fallo fueron todos denegados o declarados improcedentes. Como consecuencia, el Sr. Lagos del Campo se

⁶²² CorteIDH; Caso Lagos del Campo contra Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, párrafos 88 a 132.

vio imposibilitado para acceder a los beneficios de seguridad social que dependían de su empleo.

Entre los diversos derechos alegados violados, la Corte señaló que a la luz de la controversia correspondía analizar si la sentencia que calificó el despido del señor Lagos del Campo como “legal y justificado”, atendió a lo dispuesto en el artículo 13.2 de la CADH, y procedió a valorar la necesidad de la restricción a la libertad de expresión, en el ámbito laboral, del reclamante.

En este contexto, la CorteIDH recordó principios generales establecidos en su jurisprudencia respecto a la procedencia de las restricciones reguladas en referencia al derecho a la libertad de expresión⁶²³ para proteger el derecho a la honra, ambos protegidos por la CADH, subrayando que corresponde garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa, pues, precisó que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Así, determinó que la solución del conflicto que se presentó requirió de una ponderación entre los derechos, a través del examen de las características y circunstancias del caso, a fin de valorar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustentó dicho juicio a nivel nacional.

La Corte reiteró que según su jurisprudencia se ha establecido que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden

⁶²³ Ver párrafos 100 a 104 de la Sentencia.

público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

De ahí que, la Corte IDH determinó que se requiere al Estado la aplicación de un análisis de la razonabilidad o ponderación de las limitaciones o restricciones a derechos humanos, dispuesta por la propia Convención, así como una debida motivación que respete el debido proceso legal⁶²⁴. Subrayó que la metodología, técnica argumentativa o examen particular, corresponde a las autoridades nacionales, siempre y cuando refleje tales garantías. Para efectos de esta valoración a nivel internacional, la Corte hizo la salvedad de que podía recurrir a distintos análisis, en virtud de los derechos en juego, pero siempre observando una adecuada ponderación o justo equilibrio entre los derechos convencionales. Por lo que, señaló que procedía la aplicación de un análisis de necesidad razonada derivado de la propia CADH y de su jurisprudencia constante. Así, centró su análisis de la restricción impuesta en base a los requisitos que se detallan a continuación.

i) Calificación de las declaraciones del reclamante⁶²⁵

Se señaló que las declaraciones del reclamante fueron hechas en su calidad de representante de los trabajadores y en el marco del ejercicio de sus competencias como Presidente del Comité Electoral. Se reconoció que la emisión de información concerniente al ámbito laboral, por lo general, posee un interés público, pues deriva en un interés colectivo para los trabajadores correspondientes, y con un alcance especialmente general cuando atiende aspectos relevantes para un gremio determinado. Por lo que, se determinó que

⁶²⁴ Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la CADH.

⁶²⁵ Ver párrafos 105 a 118 de la Sentencia.

las manifestaciones del reclamante, como representante de los trabajadores, además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general, es decir que fueron de interés público y por ende contaban con un nivel reforzado de protección, puesto que no tuvieron un manifiesto ánimo injurioso, difamatorio, vejatorio o doloso en contra de alguna persona en particular o que tendieran a afectar el producto de la Empresa.

ii) Legalidad y finalidad⁶²⁶

Se determinó que la Ley que regulaba la estabilidad laboral y el procedimiento de despido de los trabajadores al no ser una ley en materia penal, no se le exigía un alto grado de precisión; por lo que, el hecho de que no previera expresamente una delimitación a su aplicación para proteger discursos de interés público, o aquellos discursos pronunciados por representantes de trabajadores en ejercicio de sus funciones, no resultaba per se incompatible con la Convención, debido a que el Estado no está obligado a determinar de manera taxativa en la ley aquellos discursos que requieren una protección especial, sino que según la Corte correspondía a las autoridades encargadas de su aplicación velar por la protección a otros derechos que se encuentren en concurrencia, en atención a los fines legítimos que persigue la norma, mediante un adecuado control de legalidad, como el derecho al honor en el presente caso.

En consecuencia, la Corte resaltó que, en primer lugar correspondía a las autoridades nacionales crear y aplicar las normas de DF en consonancia con la

⁶²⁶ Ver párrafos 119 a 123 de la Sentencia.

CADH, teniendo la debida consideración a otros derechos constitucionales y convencionales. Es decir que, la Corte verificó que la norma cumplió con promover el fin perseguido de proteger, o no perjudicar, otros derechos para superar el test de legalidad.

*iii) Necesidad y deber de motivar*⁶²⁷

Se resaltó que el Estado, al analizar la restricción impuesta, no consideró los siguientes elementos: i) el reclamante era un representante electo por los trabajadores y se encontraba en ejercicio de su mandato; ii) su declaraciones se realizaron en el marco de sus funciones y un contexto de debate electoral y por ende tenían un interés público y colectivo; iii) sus declaraciones contaban con una protección reforzada en el ejercicio de sus funciones; iv) las mismas no traspasaron el umbral de protección en aras del contexto electoral y laboral, y v) tampoco se demostró una necesidad imperiosa para proteger los derechos a la reputación y la honra en el caso particular.

Se consideró que la sanción impuesta resultaba innecesaria en el caso concreto, pues la falta de motivación de las autoridades judiciales nacionales tuvo un impacto directo en el debido proceso del trabajador, puesto que dejó de brindar las razones jurídicas por las cuales se acreditó el despido del reclamante. La Corte concluyó que el Estado avaló una restricción al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del reclamante, a través de una sanción innecesaria en relación con el fin perseguido y sin una debida motivación. Por tanto, declaró la violación de dicho derecho del reclamante.

Análisis del caso.- Como se puede apreciar, aunque la Corte no aplicó el análisis de proporcionalidad tripartito de forma concreta, no obstante reiteró

⁶²⁷ Ver párrafos 124 a 132 de la Sentencia.

que cuando le compete valorar la legitimidad de las restricciones a un derecho protegido por la CADH debe realizar una ponderación de los derechos o intereses en concurrencia.

Cierto es que, la Corte aplicó diversos precedentes de interpretación de los derechos en conflicto, y que realizó el análisis de legalidad de la medida invocando la relación causal con el objetivo legítimo perseguido de proteger el derecho a la honra de otras personas. No obstante, no se pronunció sobre los pesos abstractos de ambos derechos ni las intensidades del detrimento de uno para lograr la realización del otro.

A pesar de ello, se podría asumir que en este caso la libertad de expresión del reclamante tuvo un peso abstracto alto en relación con el peso abstracto medio o bajo del derecho a la honra de los demás, al tratarse de declaraciones de interés público para un gremio empresarial. Respecto a la intensidad de injerencia en el derecho a la libertad de expresión (despido del reclamante) se podría asumir que fue grave, pues se declaró que ésta violó el derecho del reclamante, en relación a la intensidad de realización del derecho a la honra, que se podría asumir que fue moderada (media) debido a que se trató de un tema de interés público para un gremio específico, en el contexto de una campaña electoral, y no se trató de declaraciones efectuadas con ánimo difamatorio sino de defensa de intereses de un gremio empresarial.

Cabe resaltar que, aunque la ponderación realizada no siguió la estructura que le corresponde, pues se centró solamente en la injerencia de un derecho, omitiendo justificar la realización del otro derecho en concurrencia, la verificación de la legitimidad de la restricción se realiza vía control de convencionalidad no sólo de la norma sino de la actuación de las autoridades

nacionales que, a su vez, verifican la legitimidad de dicha restricción. De hecho, la Corte señaló las omisiones de valoración y argumentación de los jueces internos para rechazar el ejercicio de ponderación que, en principio subrayó, correspondía realizar y controlar al juez supranacional. Otra cuestión a destacar es que, la Corte valoró la restricción, invocando además la obligación de motivación y justificación de las decisiones judiciales que impone la CADH en virtud del derecho al debido proceso.

Regla-resultado enunciada.- La regla que se puede enunciar es que, el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión es amplio cuando se trata de expresiones sobre personas que aun cuando no cumplen una función pública, pertenecen a un gremio específico como el gremio industrial y versa sobre temas que se pueden enmarcar dentro de la esfera del interés público, pues atañen a un conjunto de personas pertenecientes a un gremio específico, como el de las comunidades industriales; por lo que, en estos casos, la injerencia en dicho derecho, aunque sea en materia laboral resulta desproporcionada en relación a la satisfacción del derecho a la honra que no se ve afectado por tratarse de declaraciones sobre un tema de interés público. Como se puede apreciar, en este caso las reglas-resultados de ponderaciones anteriores se han aplicado a las circunstancias del caso que resultaron similares. Para las variables fácticas diferentes se determinó una nueva regla-resultado, consistente en que aun en temas que son de interés de gremios específicos, como el de las comunidades industriales, que no abarcan a toda la sociedad en su conjunto, el impacto que se produce en este sector específico social puede ser considerado de interés público, por lo que las expresiones emitidas en dicho contexto deben ser ampliamente protegidas.

Una vez finalizado este estudio se exponen en la parte siguiente las reflexiones y críticas a la forma de como la CorteIDH aplica el análisis de proporcionalidad.

III. Análisis respecto a la forma de evaluar las restricciones a los DF efectuada por la CorteIDH

El estudio de los casos seleccionados ha sido bastante esclarecedor de la forma como la CorteIDH realiza el control de la legitimidad de las restricciones permitidas a los DF. En esta parte se exponen las conclusiones a las que se ha llegado en virtud de dicho estudio. A fin de mantener una secuencia ordenada de análisis se ha optado por exponer las conclusiones y críticas, respetando las etapas del test que la CorteIDH utiliza en su examen de control de restricciones permitidas, dividido en 3 partes: 1) la restricción debe estar prescrita por ley, 2) la restricción debe estar a proteger un fin legítimo y 3) la restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática, conforme se detalla a continuación.

1) La restricción debe estar prescrita por ley

La CorteIDH determinó desde la Opinión Consultiva OC-6/86 el significado de la expresión leyes. Si bien es cierto esta definición se dio en el marco de la interpretación del artículo 30 de la CADH, la propia Corte indicó que los criterios interpretativos enunciados en dicha Opinión son aplicables a todos los casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención en referencia a las restricciones autorizadas para los derechos protegidos⁶²⁸, por lo que dicha interpretación debe ser aplicada a todos los casos en que se examine una ley interna que aplique restricciones a los DF, con mayor razón en el caso de las restricciones expresas contenidas en los artículos 12, 13, 15 y 16 de la CADH.

⁶²⁸ Cfr. CorteIDH; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrafo 17.

Al analizar una ley que impone medidas restrictivas la Corte examina que se trate de una ley formal, es decir, de una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo, y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado⁶²⁹.

En este contexto, corresponde al Derecho interno determinar los órganos encargados de expedir las leyes y los procedimientos específicos. No obstante, la Corte ha precisado que la valoración de la ley no se efectúa simplemente para verificar que haya sido dada respetando el carácter formal de su adopción sino que también debe tener un significado, un contenido y debe estar dirigida a una finalidad. Lo que vale decir que, no solamente se valora el cumplimiento de los requisitos en virtud del principio de legalidad sino también de legitimidad, pues se debe respetar el ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común. Así, la Corte ha concluido que los principios de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de la expresión leyes, pues, en su opinión, sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana. Por último, la Corte ha precisado que no se rechaza la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeta a controles eficaces, de

⁶²⁹ Ibídem párrafo 27.

manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención⁶³⁰.

De ahí que, tratándose de restricciones es necesario que los Estados regulen constitucionalmente los parámetros dentro de los cuáles pueden ser establecidas, los mismos que deben ir en sintonía con lo regulado por la CADH y por la jurisprudencia de la CorteIDH en la materia. Del mismo modo, a nivel nacional se debe tener presente que la CADH regula las restricciones como una excepción por razones específicas como la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás.

De la muestra de casos analizada, se aprecia que la Corte sigue el estándar de análisis de las leyes enunciado desde la Opinión Consultiva OC-6/86, y es específica en exigir la claridad y precisión, especialmente en los casos en que las restricciones provienen de leyes penales. Es un poco más indulgente cuando éstas provienen de leyes civiles o laborales, lo que no basta para declarar que la medida es legítima hasta que analice que se cumplen todos los requisitos establecidos en la CADH para que se considere legítima a una restricción.

Así pues, en esta etapa del examen, la CorteIDH valora la normativa interna en virtud de un precedente establecido en forma concreta y previsible para los Estados miembros del SIDH. Se puede afirmar que este estándar impuesto a las leyes implica que el Derecho interno respete el contenido esencial de los derechos conforme ha sido establecido en la CADH y desarrollado en la

⁶³⁰ Ibídem párrafo 22, 32, 36, 37.

jurisprudencia de la Corte a título de principios y precedentes aplicables en todos los casos.

2) La restricción debe estar destinada a proteger un fin legítimo

La Corte ha precisado que en el marco de la CADH se requiere que las restricciones no sean solamente impuestas por una ley sino que además éstas deben estar motivadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, en otras palabras deben perseguir un fin legítimo en el contexto de la CADH.

La Corte ha subrayado que el interés general que debe motivar las leyes que imponen restricciones implica que éstas deben adoptarse en función del bien común. Según la Corte, este concepto ha de interpretarse como elemento integrante del orden público en un Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad, conforme a lo dispuesto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶³¹. Del mismo modo, la Corte ha indicado que se puede definir al orden público como el conjunto de “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”⁶³². Por ello, la Corte ha precisado que los criterios de bien común y orden público enunciados en la CADH son términos que deben interpretarse en sintonía con el sistema de protección impuesto por la Convención⁶³³.

⁶³¹ Ibídem párrafo 29.

⁶³² CortelDH; **La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 64.

⁶³³ Cfr. CortelDH; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrafos 28-30.

Como se ha dicho, la Corte valora las leyes que tengan un fin u objetivo legítimo protegido por la CADH, así el nexo causal, o relación racional que debe existir entre la ley que determina la restricción debe enmarcarse dentro de los criterios generales establecidos como objetivos legítimos por la Convención, tales como la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás.

En concreto, las leyes que impongan restricciones a fin de proteger los objetivos señalados como legítimos por la CADH no pueden afectar el contenido esencial del derecho tutelado, son excepcionales y no deben imponer sacrificios o cargas particulares que atenten contra la igualdad ante la ley para evitar cualquier forma de arbitrariedad o exceso del poder del Estado. La definición de la amplitud del contenido de los derechos protegidos por la CADH se enriquece con la interpretación viva que realiza la Corte a fin de ir a la par que la sociedad evoluciona, por lo que se pueden ir agregando nuevas conductas que se enmarquen dentro de la protección ofrecida por la CADH y que constituyan fines legítimos de protección.

En esta etapa del examen, la Corte establece un nexo causal entre la ley que impone la medida restrictiva y el derecho o interés que se pretende proteger con dicha medida. Verifica que el fin perseguido constituya un derecho, como por ejemplo el derecho a la honra; o una categoría de protección, como las establecidas para imponer restricciones: orden, seguridad, salud públicos, derechos de los demás, que se encuentre estipulada en la CADH. Aunque la protección no se encuentre prescrita taxativamente en el Convenio, la Corte mediante un ejercicio interpretativo que expone la justificación de su razonamiento puede concluir que un fin es legítimo. En este sentido, se hace

referencia a lo sucedido en el Caso Usón Ramírez⁶³⁴, en el que se aceptó como fin legítimo la protección del derecho a la honor y reputación de las Fuerzas Armadas, pese a que la Corte aclaró que la Convención contempla la protección de personas, es decir de seres humanos y no de instituciones como las Fuerzas Armadas de un Estado, en un ejercicio interpretativo enunció que dicha protección se podría brindar dentro de la categoría de la “protección de los derechos de los demás” permitida para restringir la libertad de expresión, a condición de que se cumplan los demás requisitos de legitimidad establecidos por la CADH.

Análisis de idoneidad.- Las dos etapas descritas hasta el momento corresponderían al análisis de idoneidad de la medida restrictiva que caracteriza al test de proporcionalidad. En este contexto, la Corte debe responder a la pregunta de si la restricción producida por una medida estatal impuesta en virtud de una norma logra promover el otro derecho o interés en concurrencia. Esta evaluación es realizada por la CortelDH en dos pasos: primero verifica si la medida ha sido prevista por la ley y, en segundo lugar, si el fin es legítimo. El análisis de idoneidad aplicado va en sintonía con la forma propuesta por el test de proporcionalidad conforme ha sido expuesta en esta investigación.

Cuando se pronuncia sobre la legalidad de la medida su examen cumple con justificar porqué determina que la ley que impone la medida restrictiva cumple con los estándares fijados en su jurisprudencia, respecto a la precisión y previsibilidad que debe tener en virtud del principio de legalidad. De hecho, el examen es estricto en los casos en los que las restricciones son impuestas por

⁶³⁴ CortelDH; Caso Usón Ramírez contra Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, párrafos 42 a 75.

normas penales. En la segunda parte justifica el razonamiento que la lleva a determinar que el objeto de la medida restrictiva impuesta persigue un fin legítimo y cumple con fomentarlo o promoverlo. Una vez definido esto procede a realizar la ponderación de los derechos o intereses concurrentes.

3) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática

En primer lugar, la Corte no deja de recordar los precedentes jurisprudenciales que ha desarrollado respecto al contenido de protección de los derechos en concurrencia. De este modo, especifica estándares que serán aplicados al caso concreto para centrarse en verificar que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática.

En cuanto a la definición de lo que se debe entender por sociedad democrática, la Corte hizo suya, en la Opinión Consultiva OC-5/85, la interpretación realizada por el TEDH sobre el criterio "necesarias", las que sin ser sinónimo de "indispensables", implican la "existencia de una" necesidad social imperativa", concluyendo que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna"⁶³⁵. Así, afirmó que dicha interpretación es aplicable al sistema de protección regulado por la CADH⁶³⁶. Si bien es cierto, la Corte determinó esto en virtud de la interpretación realizada respecto a las restricciones permitidas al derecho a la libertad de expresión, no obstante, puede ser aplicada a los derechos que también contienen este tipo de restricciones, puesto que los criterios generales legítimos para imponerlas son similares.

⁶³⁵ La Corte tomó esta interpretación de lo expresado por el TEDH en el Caso Sunday Times contra Reino Unido cuya sentencia se expidió el 26 de abril de 1969.

⁶³⁶ CorteIDH; **La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 46.

Del mis modo, la Corte ha establecido que los criterios "orden público" y "bien común" no pueden invocarse como "medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención" y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta "el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de toda la Convención"⁶³⁷.

En consecuencia, la Corte ha enunciado como estándar que el criterio "necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones dependerá de que no sólo se demuestre que la ley cumple un propósito útil u oportuno; sino que además, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de los derechos protegidos y no los limiten más de lo estrictamente necesario. En otras palabras, la Corte concluyó que la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Así, enfatizó que entre varias opciones para alcanzar el fin legítimo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido⁶³⁸.

Según la muestra de casos estudiada se puede apreciar que en esta etapa, en algunos casos (Caso Kimel y Caso Usón Ramírez), la Corte efectivamente se centra solamente en analizar si la medida es necesaria, debido a que en los casos señalados se trató de restricciones impuestas por leyes penales que fallaron en describir tipos penales de forma precisa y previsible conforme al principio de legalidad enunciado en la CADH. En dichos casos, la Corte construye una trama de argumentación que justifique su conclusión de declarar

⁶³⁷ Ibídem, párrafo 67.

⁶³⁸ Ibídem.

a la medida restrictiva innecesaria, haciendo un enlace razonado de los hechos del caso con los estándares desarrollados en jurisprudencia reiterada.

A pesar de lo expresado, la Corte no se pronuncia sobre otras medidas alternativas menos restrictivas de forma concreta. Ello, tal vez sucede debido a que en la mayoría de casos estudiados las sanciones han sido penales (aunque no todas hayan implicado penas privativas de libertad), y por ende se ha precisado como estándar de evaluación que la imposición de restricciones penales debe analizarse con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pusieran de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. Para ello, se precisó que la carga de la prueba debía recaer en quien formulaba la acusación⁶³⁹.

De este modo, queda como una regla clara que, aunque las sanciones penales no son rechazadas para restringir la libertad de expresión, deben ser excepcionales y cautelosamente evaluadas para determinar su necesidad. Si bien es cierto, la Corte no se pronuncia sobre medidas alternativas, queda implícito que cualquier otra medida será menos restrictiva que una sanción penal, aunque no se detiene a enunciar cuáles podrían ser esas medidas alternativas. En los casos en que las sanciones se impusieron a través de normas civiles o laborales, la Corte no se pronunció sobre alternativas menos restrictivas, pese a que determinó que dichas sanciones fueron graves.

Así, aunque la Corte construya una buena argumentación para justificar la falta de necesidad de la restricción no enuncia medidas concretas alternativas,

⁶³⁹ Cfr. CorteIDH; Caso Kimel contra Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafos 75 a 80. CorteIDH; Caso Usón Ramírez contra Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, párrafo 74.

aunque queda implícita su posible existencia. En concreto, se podría asumir que la necesidad de la medida restrictiva es evaluada en virtud del umbral de protección que se brinde al derecho alegado violado en función de la satisfacción que produzca en el otro derecho o interés concurrente.

(i) *Estricta proporcionalidad de la medida*

Esta es una etapa que ha sido desarrollada de forma individual en los casos Kimel y Usón Ramírez, pese a que en los otros casos no la detalla separadamente se puede concluir que la realiza dentro del análisis de necesidad de la medida. Así, el análisis que se hace en esta investigación sobre la ponderación que realiza la Corte se enunciará como una parte integrante del análisis de necesidad de la medida.

La Corte reconoce que los derechos entran en conflicto por lo que, indica que la solución del conflicto entre dos derechos en concurrencia requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual establece que la evaluación se realiza caso por caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio⁶⁴⁰. La finalidad última que se persigue es que los derechos en conflicto coexistan en armonía.

Es posible afirmar que en la ponderación que realiza la Corte se toman los elementos propuestos por Alexy, pues precisa que al ponderar verifica el grado de afectación de un derecho, así como la importancia de la satisfacción del otro, para determinar si la importancia de la satisfacción del segundo justifica el grado de afectación del primero. En virtud de esto, enuncia en cada caso los elementos que debe considerar para efectuar la ponderación. Posteriormente,

⁶⁴⁰ Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina, supra, párrafo 51. CorteIDH; Caso Mémoli contra Argentina, Sentencia de 2 de agosto de 2013, párrafo 127.

de manera efectiva hace el contraste entre los derechos o intereses en concurrencia a través de argumentos específicos que explican el razonamiento que sigue para determinar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

En cuanto, a la determinación de las intensidades de afectación y de satisfacción de los intereses o derechos en conflicto, en el estudio analizado se aprecia que la Corte no siempre se pronuncia. Cuando lo hace, como en los casos Kimel, Usón Ramírez y Fontevecchia y D'amico, enuncia solamente la intensidad de la injerencia y no llega a determinar de forma concreta el grado de satisfacción que la restricción aporta al otro derecho en juego. Pese a ello, gracias a la argumentación a través de la que justifica porqué determina la precedencia de un derecho sobre otro en el caso específico, es posible reconstruir las intensidades y pesos abstractos que se podrían atribuir a ambos derechos en concurrencia.

Cabe resaltar que, en la forma como la Corte utiliza el análisis de proporcionalidad se cumple con realizar de forma adecuada la función argumentativa de interpretación de los derechos, a través de argumentos objetivos que dotan de razones justificadoras a la resolución judicial. De modo que, el principio de proporcionalidad es usado como la estructura que sigue la Corte para construir razones objetivas que enlazan siempre los hechos con las premisas normativas y jurisprudenciales.

Así pues, conforme a lo mostrado en los casos estudiados se afirma la posibilidad de determinar reglas-resultados precisas que se pueden aplicar a casos similares. Aun cuando se valoren las circunstancias concretas del caso y existan ciertas variantes fácticas, será posible, en algunos casos, seguir aplicando las reglas-resultado de ponderaciones anteriores. La presencia de

diferencias fácticas no necesariamente impacta lo suficiente como para variar la solución establecida en casos similares anteriores.

Respecto a la crítica sobre la forma como la CorteIDH aplica el principio de proporcionalidad, se debe resaltar que la literatura existente es escasa, razón por la cual en esta parte se expresan mis puntos de vista personales en base a los resultados del estudio de los casos seleccionados. Pese a ello, se considera pertinente esbozar algunas ideas respecto a las críticas clásicas que se hacen al principio de proporcionalidad de forma general.

En primer lugar, se hace referencia a que en los casos estudiados se ha declarado la precedencia condicionada del derecho a la libertad de expresión, lo que podría criticarse afirmando que la Corte podría inclinarse a preferir el derecho que alega violado el reclamante, lo que en el caso del análisis de aplicación del principio de proporcionalidad por el TEDH, se denominó como enfoque preferencial (*preferential framing*). Dicha crítica es fácilmente objetable, pues en cada caso, la Corte realizó una justificación clara y racional respecto a la precedencia condicionada de la libertad de expresión sobre el otro derecho. La argumentación construida enlaza siempre razones fácticas, normativas y jurisprudenciales que permiten reconstruir una regla-resultado, que como se ha mostrado en los casos analizados es posible aplicar a casos futuros similares, incluso en el caso de que se presenten algunas variantes fácticas. Razón por la cual, se puede afirmar que se debe descartar que la Corte pueda incurrir en un enfoque preferencial, centrándose solamente en analizar el derecho alegado violado.

En segundo lugar, se podría criticar la posible falta de certeza jurídica originada por el margen de apreciación nacional de actuación que se le otorgue al Estado

demandado. Como resultado del estudio de casos, no se ha encontrado que la Corte conceda dicho margen de apreciación de forma expresa, pese a que existe literatura que afirma que en otros casos la Corte ha hecho referencia a dicha doctrina⁶⁴¹, no corresponde pronunciarse al respecto, pues dichos casos no se refieren al análisis de restricciones permitidas a los DF materia de esta investigación.

Por el contrario, en este tipo de casos, la Corte precisa que realiza el control de convencionalidad de las decisiones que le compete juzgar. Así, especifica que su función como Tribunal internacional es coadyuvante y complementaria de las jurisdicciones nacionales, razón por la cual no debe ser considerada como un tribunal de “cuarta instancia”⁶⁴² para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del

⁶⁴¹ “La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones de la CADH”. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor; *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 57. Cançado ha afirmado: “afortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Asimismo ha expresado como crítica: “cómo pretender aplicarlo en un sistema regional en que el Poder Judicial de tantos países sufre todo tipo de presiones e intimidaciones. Cómo pretender aplicarlo en un continente en que la función judicial, en tantos países sigue siendo ‘compartida’ por el fuero ordinario o común, y fueros militares especiales. Cómo pretender aplicarlo en ordenamientos jurídicos nacionales severamente cuestionados por su ineficiencia en el combate a la impunidad. En nuestro sufrido continente —así como en la pan-Europa convulsionada de hoy— difícilmente encontraríamos la doctrina básica sobre la cual se ha erigido en las últimas décadas la doctrina del ‘margen de apreciación’ de los Estados en cuanto a los modos de cumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Siendo así, no resta otro camino sino el fortalecimiento de los mecanismos internacionales de protección, complementarios de las instancias nacionales”. CANÇADO TRINDADE, Antonio; *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 389 – 390.

⁶⁴² En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Cfr. CortelDH; El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 31. CortelDH; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrafo 26. CortelDH; Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 61. CortelDH; Caso Palma Mendoza y otros contra Ecuador, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párrafo 16.

derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos⁶⁴³. Vía control de convencionalidad la Corte determina si la normativa interna resulta acorde a la protección efectiva que el Estado se obliga a brindar en virtud de la CADH. En este sentido, como resultado de dicho control de convencionalidad, algunos de sus fallos (Caso Kimel y Caso Tristán Donoso) significaron la modificación de la normativa penal nacional que se consideró violatoria del derecho a la libertad de expresión y de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de los artículos 1 y 2 de la CADH.

No obstante, en los casos recientes ha precisado que, en estricta observancia de su competencia subsidiaria, le compete verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre los derechos en conflicto, sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran. Esto lo explica debido a la naturaleza del procedimiento supranacional, donde los particulares, cuyo honor y reputación habrían sido afectados, no han tenido participación en el mismo. Por tanto, considera que las autoridades judiciales internas están en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro⁶⁴⁴. Con esta declaración se podría aventurar una pequeña variación que tal vez conduzca a que, en un futuro cercano, llegue a emular a su par europeo y comience a aplicar la doctrina del margen de apreciación nacional en este tipo de casos. Opción que se espera no se concrete, debido a que en dicho caso, la consecuencia sería que deje de aplicar el análisis de

⁶⁴³ Cfr. CortelDH; Caso Nogueira de Carvalho y otro contra Brasil, Sentencia de 28 de noviembre de 2006, párrafo 80. CortelDH; Caso Palma Mendoza y otros contra Ecuador, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párrafo 16. CortelDH; Caso Mémoli contra Argentina, Sentencia de 2 de agosto de 2013, párrafo 140.

⁶⁴⁴ Caso Mémoli contra Argentina, Sentencia de 2 de agosto de 2013, párrafo 143.

proporcionalidad en la forma en que lo ha hecho hasta ahora. Es muy probable que de suceder algo parecido se origine una problemática similar a la que se da en el caso del TEDH respecto de la doctrina del margen de apreciación nacional, la que es fuertemente criticada por fomentar la falta de certeza jurídica del sistema.

En tercer lugar, otra crítica que se podría hacer va relacionada con lo manifestado por la Corte sobre examinar cada caso a la luz de sus circunstancias concretas, lo que implicaría que siempre se realiza una ponderación *ad hoc* y que no es posible extraer reglas generales que se puedan aplicar a casos futuros. En un breve estudio realizado sobre la aplicación del análisis de proporcionalidad por la CorteIDH, Clérico concluyó que la Corte realiza una ponderación que “claramente se aleja del *“ad hoc balancing”* o un *“balancing de cálculo de ventajas y desventajas en términos utilitaristas”* para inclinarse por una *“ponderación definicional”* o *“modelo de la ponderación orientado por reglas”* que toma en serio el contenido de los derechos”⁶⁴⁵

En el mismo sentido, considero que esta crítica es fácilmente refutable, y coincido con lo expresado por Clérico, debido a que como ya se ha señalado anteriormente, se ha mostrado a través de los casos analizados que ha sido posible extraer reglas-resultado de ponderaciones previas y aplicarlas a casos similares, incluso cuando éstos tuvieron algunas variaciones fácticas. Ello, ha sido posible gracias a que la Corte ha realizado un trabajo de argumentación claro que permite reconstruir la regla de aplicación a casos futuros, aun cuando

⁶⁴⁵ CLÉRICO, Laura; “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en CAPALDO, Griselda. SIECKMAN, Jean. CLÉRICO, Laura (dir.); Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional, EUDEBA, Buenos Aires, 2012, pp. 199 – 219, ver p. 207.

no se haya pronunciado específicamente, en todas las situaciones, sobre las intensidades de injerencia y realización de los derechos en concurrencia.

Del mismo modo, se ha mostrado que la Corte ha establecido precedentes específicos que aplica cuando las circunstancias del caso lo ameritan tanto a la descripción del contenido de los derechos que se encuentran en concurrencia, como a las variables que la Corte determina que evaluará al momento de realizar la ponderación. Así, se ha evidenciado en la muestra de casos escogidos, la existencia de estándares para analizar la conducta de un periodista, para calificar el umbral de protección del honor de un funcionario público, para calificar el contenido del discurso expresado, entre otros. Por lo que, se podría afirmar que la CorteIDH no realiza una ponderación ad hoc, no pondera cada vez que evalúa la legitimidad de las restricciones a los derechos, sino que extrae precedentes y reglas-resultados ya establecidas para cumplir su labor de control; y a medida que la Corte siga desarrollando la aplicación del principio de proporcionalidad será posible determinar redes de reglas-resultado, es decir, se incrementarán los precedentes aplicables a casos futuros.

En cuarto lugar, se podría criticar la labor del juez americano, al afirmar que vía control de convencionalidad puede excederse en sus funciones de juez complementario y analizar las restricciones de forma subjetiva, lo que, aunado a las críticas anteriores implicaría atentar contra la certeza del sistema de protección de derechos. Esta crítica queda también desvirtuada debido a que, como se ha defendido en esta investigación, si se aplica de forma correcta el principio de proporcionalidad, la estructura de argumentación que éste proporciona ayuda al juez a explicar de forma ordenada las razones que motivan su resolución, lo cual mitiga la subjetividad judicial. Puesto que, las

críticas siempre subsistirán respecto a los elementos que se escogieron, o los que se dejaron de lado, para realizar el análisis, el debate académico quedará siempre abierto a ello y respecto al resultado que se obtenga de la ponderación, lo cual es saludable en todo sistema jurídico.

En este contexto, se puede concluir que la CorteIDH aplica el principio de proporcionalidad tripartito conforme a la tradición alemana, desarrollado por Alexy, y lo utiliza para estándares jurisprudenciales basados respecto a la valoración de la legitimidad de las restricciones a los DF reguladas por la CADH, los que deben ser tenidos en consideración por las jurisdicciones nacionales, para adecuar en sintonía con la Convención sus políticas públicas que impongan restricciones a los DF.

Propuestas de optimización en la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de legitimidad de las restricciones permitidas a los derechos fundamentales efectuada por *la CorteIDH*

Como todo siempre es perfectible, pese a lo afirmado en el párrafo anterior, no se debe olvidar que la Corte puede mejorar la aplicación del principio de proporcionalidad, incluyendo en el análisis aquellos pasos que dejó de lado, como pronunciarse respecto a medidas alternativas menos restrictivas, valorando las razones de las autoridades nacionales para desecharlas. Del mismo modo, debería pronunciarse siempre respecto a las intensidades de injerencia y realización que la medida restrictiva significa para los derechos o intereses en conflicto, todo ello brindaría mucha más claridad para reconstruir las reglas-resultado aplicables a casos futuros.

Otra manera de mejorar la aplicación de este análisis, que se considera la más importante, es que la Corte no incluya la doctrina del margen de apreciación

nacional como un elemento más dentro de la ponderación, y que se mantenga aplicando el test de proporcionalidad como hasta ahora, alejándose de parecerse al test de necesidad del TEDH. Digo esto, porque en los dos últimos casos analizados, ha hecho referencia a un control de necesidad que podría parecerse al europeo, se hace esta salvedad, a fin de que la Corte no atraiga a su entorno las abundantes críticas que tiene el análisis realizado por el TEDH.

CONCLUSIONES

Esta investigación ha tenido el propósito de comparar dos Tribunales supranacionales que brindan protección a los derechos fundamentales. Dicha comparación fue pensada en base a uno de los tantos contextos que involucra la interpretación de estos derechos, las restricciones permitidas o legítimas. Denominadas así porque están reguladas por el Derecho, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos y características.

En la verificación del cumplimiento de esos requisitos de legitimidad se emplea el principio de proporcionalidad. Ambos Tribunales han desarrollado su aplicación a este tipo de casos. Por ello, el objetivo principal de investigación se centró en determinar la forma cómo cada Tribunal aplica el principio de proporcionalidad a los casos en que se invoca la imposición de medidas restrictivas permitidas que pueden considerarse legítimas y, por lo tanto, no violatorias de los derechos fundamentales.

En este contexto, me planteé diversas interrogantes que me ayudaron a enmarcar el contenido de la investigación para explicar al lector el curso de mi razonamiento, que espero haber logrado a través de cada capítulo. En esta etapa final voy a condensar la postura asumida en cada tema que ayudó a realizar la comparación planteada, seguida de las reflexiones pertinentes.

1. Los derechos fundamentales de carácter universal son protegidos jurisdiccionalmente de forma regional

El Estado de Derecho constitucional y democrático se basa en la universalidad de los DF. Dicha concepción significa que se comparten principios básicos que son considerados como valores comunes de la humanidad. Pese a ello, la

protección jurisdiccional que se brinda no se ha podido lograr a nivel universal en el sentido que no se ha podido concretar un Tribunal supranacional de derechos humanos que sea universal, sin por ello quitar mérito a la encomiable labor que desarrollan los organismos universales de la ONU en la materia. La protección jurisdiccional se ha cimentado de manera regional. A través de Tribunales supranacionales de derechos humanos creados por sistemas regionales de protección, como el SEDH y el SIDH.

Los dos Sistemas regionales en comparación representan sistemas bien desarrollados debido al tiempo que vienen desempeñando su labor interpretadora del instrumento internacional que les otorga competencia. Ambos están basados en un conjunto similar de derechos y comparten conceptos similares de adjudicación de los DF.

Cierto es que, no se puede desconocer que se asientan en contextos sociales diferentes, pues cada uno representa un cúmulo de diversidades culturales particulares que dan lugar a situaciones jurídicas distintas; sin embargo, no dejan de referirse a los mismos derechos reconocidos con vocación universal por una comunidad internacional que se funda en valores comunes que han trascendido las “regionalidades” –por llamarlo de algún modo– específicas.

La labor de estos Tribunales consiste en lograr que los derechos sean realmente aplicables de forma efectiva. De ahí la necesidad de crear una red de estándares que sean de fácil seguimiento para los Estados. Pero el derecho no es estático, del mismo modo las interpretaciones no pueden quedarse estáticas o petrificadas, tienen que evolucionar en sintonía con la sociedad, para seguir dando soluciones a las situaciones nuevas que se presenten. Por ello, los derechos contenidos en la CADH y en el CEDH deben ser

interpretados de manera “viva”, teniendo en consideración las circunstancias y el contexto actual de las sociedades democráticas.

En el tema específico de las restricciones permitidas, tanto la CADH como el CEDH han asumido una regulación similar de los criterios que permiten que se impongan restricciones. Dichos criterios son “abiertos” para dar libertad a que los Estados determinen el tipo de medidas que se pueden imponer, respetando así su propio contexto y diversidad. Entonces, los Tribunales supranacionales se encargan de verificar que las restricciones permitidas impuestas reúnan los requisitos convencionalmente establecidos. Para ello, el principio de proporcionalidad ha sido asumido como el criterio de control que utilizan tanto el TEDH como la CorteIDH para verificar la legitimidad de una restricción permitida. Dicha labor es de suma importancia puesto que los estándares jurisprudenciales que dichos Tribunales desarrollan deben servir de guía a los Estados a nivel interno.

2. Algunos derechos son restringibles de forma legítima para garantizar la coexistencia armoniosa de todos los derechos e intereses en concurrencia

Como he demostrado, desde las primeras declaraciones de derechos que han fundamentado el desarrollo del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos se reconoció la necesidad de permitir ciertas restricciones a los derechos fundamentales para dar solución a las colisiones inevitables que se presentan en su ejercicio. Así pues, el Derecho se encarga de regular las restricciones en el ejercicio de un derecho para permitir la realización de otro con la finalidad de que todos coexistan en armonía dentro del sistema de protección. Lo que vale decir que, se garantiza la coexistencia

coherente de derechos e intereses individuales y colectivos a la vez, cuyo fin último es brindar la máxima protección a la persona.

Las restricciones permitidas representan un tipo de conflicto específico entre derechos e intereses individuales y colectivos donde la realización de unos impide la de los otros. Por esto, el Derecho autoriza a limitar a uno de ellos para permitir la satisfacción de aquellos que no tenían esta oportunidad. A través de las restricciones el Derecho trata de regular un equilibrio entre los derechos e intereses en conflicto, buscando la realización de ambos.

Para regular la potestad del Estado, el Derecho determina criterios que se deben cumplir para que las restricciones sean legítimas, lo que vale decir que no violen un derecho. En este contexto, los derechos fundamentales ya están delimitados normativamente (integración del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, al menos este es el ideal) y jurisprudencialmente (integración de criterios jurisprudenciales de tribunales supranacionales e internos); por lo que las medidas restrictivas deben ser graduadas en función de la satisfacción del otro derecho o interés que se busca proteger, teniendo sumo cuidado de respetar el contenido esencial del derecho que será objeto de la restricción.

En esta investigación he defendido que dicho contenido esencial es similar a una “huella digital” que hace a un derecho lo que es, único e intangible; por lo que constituye la máxima garantía de protección de los derechos fundamentales. Cualquier medida restrictiva que desnaturalice dicho contenido esencial de un derecho es ilegítima y violatoria de éstos.

Los criterios que deben cumplir las restricciones permitidas son generales y, como he destacado, “abiertos” para mantener una regulación e interpretación

“viva” de los derechos, permitiendo que se puedan abarcar diversas medidas que ofrezcan solución a las distintas situaciones que se presentan en la realidad y que vayan en sintonía con la evolución natural y necesaria que experimenta la sociedad y, en consecuencia, el Derecho. Estos criterios son el orden e interés público; la salud y seguridad pública y los derechos de los demás. Los mismos que son similares desde su inclusión en las primeras declaraciones de derechos y prevalecen hasta nuestros días según lo establecido en los instrumentos internacionales vigentes.

Del mismo modo, en esta investigación he subrayado que tanto el sistema de protección de los derechos fundamentales del SIDH y SEDH consideran la existencia de derechos absolutos y restringibles. Solamente algunos los son, tales como el derecho a la vida privada, la libertad de expresión, la libertad de conciencia y religión y la libertad de asociación.

Conforme he demostrado, tanto el CEDH como la CADH han recogido los criterios de restricciones permitidas de forma general y “abierta” para los mismos derechos: libertad de expresión, libertad de conciencia y religión y libertad de asociación. En el caso del derecho a la vida privada y familiar, éste constituye un reconocimiento especial del Sistema europeo que no tiene similitud en el Sistema interamericano. Podría equipararse al derecho a la protección de la honra y la dignidad, regulado en el artículo 11 de la CADH, que considera como contenido de dicho derecho la protección contra “(...) injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (...)”. A diferencia de lo establecido en el CEDH, la CADH considerada a este derecho como no restringible, por el contrario, determina

que las personas tienen derecho a la protección de la ley contra todo tipo de injerencias o ataques que vulneren dicho derecho.

En cuanto a los criterios que permiten las restricciones, tanto la CADH como el CEDH han establecido los mismos parámetros: orden e interés público; salud, seguridad y moral pública, así como los derechos de los demás. En el caso específico del derecho a la libertad de expresión, el artículo 10 del CEDH se diferencia del artículo 13 de la CADH, pues incluye como criterios de restricción: impedir la divulgación de informaciones confidenciales; y garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Además de los criterios enunciados, ambos tratados establecen que las medidas restrictivas deben ser establecidas por ley y necesarias en una sociedad democrática. El criterio de “necesarias en una sociedad democrática” está específicamente establecido en el CEDH como parámetro de restricción de los derechos que admiten limitaciones legítimas.

En el caso de la CADH ha sido establecido en un artículo genérico, el artículo 32 que establece: “2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Así, el criterio de “en una sociedad democrática” ha sido interpretado por la CorteIDH en el mismo sentido que lo ha hecho el TEDH. Es decir que ha hecho suya la interpretación de que “necesario” constituye una “necesidad social imperativa” desarrollada por su homólogo europeo. Además, en este artículo la CADH agrega el criterio del bien común que según ha sido interpretado por la CorteIDH constituye un elemento integrante del orden público en un Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación

de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad, según lo dispuesto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En definitiva como he destacado, tanto el SEDH como el SIDH regulan restricciones permitidas para derechos similares con criterios de legitimidad análogos. Para verificar la legitimidad de las restricciones permitidas impuestas por los Estados partes, ambos Sistemas han asumido jurisprudencialmente como criterio de control la aplicación del principio de proporcionalidad.

3. El principio de proporcionalidad brinda una estructura de argumentación para verificar la legitimidad de las restricciones permitidas a los derechos fundamentales

Considero que he logrado demostrar que, en el tipo de conflictos que originan la imposición de medidas restrictivas permitidas a los derechos fundamentales, se acepta ampliamente la aplicación del principio de proporcionalidad; y que tanto el TEDH como la CortelDH lo han reconocido en su jurisprudencia como el método que aplican para controlar la legitimidad de las medidas restrictivas impuestas por el Estado. De hecho, en virtud del resultado del análisis de casos realizado, puedo afirmar que constituye un estándar jurisprudencial que utilizan ambos Tribunales para la adjudicación de derechos en el caso de las restricciones permitidas.

Asimismo, he destacado que en el “salto” dado por el principio de proporcionalidad de la esfera constitucional a la supranacional del DIDH, ha sido seguido por las críticas recurrentes que cuestionan su racionalidad. De ahí que, he defendido que las tres principales críticas que se le hacen respecto a

su falta de racionalidad son completamente superables a condición de que el juez siga de forma correcta y estructurada cada paso del test.

En cuanto a ello, he destacado que la “moneda” común de comparación entre derechos e intereses en concurrencia se materializa a través de la medición de los distintos grados de las intensidades que se necesitan en la restricción de uno para lograr la realización o satisfacción del otro. En esta valoración, he defendido la necesidad de que se utilice una escala de medición, como la tríadica propuesta por Alexy, para indicar el grado de intensidad de afectación que la medida restrictiva impone sobre un derecho o interés, a fin de compararlo con el grado de intensidad de satisfacción que supone para el otro derecho o interés en concurrencia.

Por ello, he argumentado que es imprescindible que el juez explique las razones por las que atribuye un grado de intensidad determinado a la interferencia en comparación con la satisfacción del objetivo perseguido. En este sentido, he concluido que la forma como está estructurado el principio de proporcionalidad constituye una guía de razonamiento y argumentación en la que debe apoyarse el juez para explicar y justificar las variables empíricas que escoge para analizar el caso; la aplicación de determinados precedentes; el peso abstracto que otorga a cada derecho o interés en concurrencia; el grado de intensidad de la injerencia y de la satisfacción de ambos; en fin, justificar racionalmente las razones que lo llevan a emitir una sentencia en un sentido o en otro. Todo esto debe estar a su vez apoyado en una correcta argumentación jurídica que enlace los hechos con la norma aplicable y que permita la reconstrucción del razonamiento judicial a fin de poder extraer reglas o estándares que sean aplicables a casos futuros similares. Pues, si la

justificación y la argumentación realizada por el juez no permiten esto, entonces el principio de proporcionalidad no ha sido correctamente aplicado. Así, he rechazado aceptar que la falta de racionalidad se encuentre en la estructura del principio de proporcionalidad, pues si no se justifica y no se argumenta, entonces la falta de racionalidad está en el intérprete que aplica el test de proporcionalidad.

Por el contrario, he defendido que si el juez sigue cada etapa del principio con una secuencia lógica de justificación de las variables relevantes utilizadas, especialmente en la ponderación, con una correcta argumentación, su decisión estará fundamentada en el Derecho y de esta forma se hará frente a la tan cuestionada subjetividad judicial que deriva en la falta de certeza jurídica en la adjudicación de derechos.

En este contexto, he argumentado que la subjetividad no es exclusiva del juez cuando verifica la legitimidad de las restricciones permitidas a través del análisis de proporcionalidad, sino que está presente en todas las ramas del Derecho, en toda la actuación judicial –no solamente en la que corresponde a la adjudicación de derechos– y en la labor del legislador también.

Así pues, he destacado que la única manera de neutralizarla, y preservar la racionalidad de las decisiones de adjudicación de derechos es argumentar cada razón y justificarla desde el Derecho. Al hacer referencia al Derecho, se engloba todo, leyes; tratados internacionales de DIDH; los principios de la dogmática de los derechos fundamentales; y la jurisprudencia interna e internacional en la materia. Por ello, he concluido que la racionalidad del análisis se preservará siempre y cuando el juez cumpla con su labor de control, argumentando y justificando cada razón de su decisión, lo que vale decir que,

honre correctamente la esencia de la función judicial. De este modo, si se cumple con argumentar y justificar será posible reconstruir una red de reglas-resultado o de precedentes de aplicación futuros que contribuyan a la previsibilidad del resultado en situaciones similares, todo lo cual reforzará la certeza jurídica del sistema de protección de DF.

A pesar de los años que se lleva aplicando el principio de proporcionalidad en diferentes lugares del mundo, en diversos sistemas jurídicos, he demostrado que aún sigue suscitando un apasionado debate en muchos sentidos. En varios momentos de la investigación sobre esta parte tuve la sensación de que el principio de proporcionalidad debería avergonzarse un poco de ser lo que es, porque no “es una monedita de oro” que le guste a todos o que complazca todos los anhelos que los juristas tienen respecto al resultado que su aplicación debería lograr.

En este mar abierto de percepciones y de argumentos diversos y contrapuestos, todos los autores citados coinciden en continuar el debate y seguir acumulando los aportes doctrinales sobre el principio de proporcionalidad. En concreto, he resaltado que ninguno de ellos, palabras más o palabras menos, incita a dejar de aplicarlo en la adjudicación de derechos, al menos no de manera contundente y definitiva. Por el contrario, los aportes de la crítica van dirigidos a mejorarlo o esclarecerlo. Y, de esta manera, continúa siendo exitosamente el método mayormente utilizado en la adjudicación de derechos alrededor del mundo. Hasta el momento continúa ofreciendo soluciones en cada caso concreto. Éstas serán cuestionadas o no, dejarán en el tintero argumentos más sólidos; lo que se quiera decir, y la doctrina lo dirá y se seguirá debatiendo si es necesario la determinación de reglas o estándares

generales o particulares o ninguna de estas alternativas. Su práctica constante continuará alimentando el fuego de la discusión doctrinal y seguirá enriqueciéndolo, y probablemente no se escucharán opiniones que inciten a dejar de aplicarlo. Por ello, en mi opinión, no se puede vivir con él, pero mucho menos sin él, pues, el debate doctrinal perdería una fuente de inspiración constante si este principio dejara de aplicarse.

4. El proceso de comparación entre el TEDH y la CortelDH arrojó como resultado similitudes y divergencias en la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de control de la legitimidad de las restricciones permitidas a los derechos fundamentales

Considero que he demostrado que ambos Tribunales han determinado jurisprudencialmente la aplicación del principio de proporcionalidad como estándar de control de la legitimidad de las restricciones gracias al estudio de los casos seleccionados.

El estudio realizado evidencia una muestra general, puesto que la CortelDH tiene menos casos que el TEDH, y en el caso de dicho Tribunal las sentencias seleccionadas provienen solamente de la Gran Sala. Respecto a restricciones permitidas el TEDH ha resuelto muchos más casos que la CortelDH en la mitad del tiempo empleado por ésta. Si bien es cierto, en los dos tratados que rigen a cada uno de estos Tribunales se han regulado restricciones permitidas respecto a los mismos derechos, no obstante, la casuística no es similar. La CortelDH en los últimos diez años ha conocido casos sobre restricciones respecto solamente al derecho a la libertad de expresión. En cambio el TEDH, además de los casos referentes al derecho a la libertad de expresión ha

conocido más casos sobre el derecho a la libertad religiosa y el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En el caso del TEDH, en la muestra seleccionada aparece solamente un caso de restricciones permitidas respecto al derecho a la libertad de reunión y de asociación.

Mis conclusiones sobre la forma como aplican el principio de proporcionalidad las expresaré siguiendo el esquema que ambos Tribunales siguen al realizar el control de legitimidad de las restricciones permitidas, a fin de evidenciar las similitudes y divergencias entre ambos.

En cuanto a las similitudes se dan mayormente en las primeras etapas del análisis, en las que se muestran algunas mínimas divergencias, conforme voy a demostrarlo a continuación.

a) La restricción debe estar prescrita por ley

En este caso ambos Tribunales realizan un análisis similar, pues solamente verifican que la medida restrictiva haya sido impuesta por una ley, sin importar su rango, que sea clara, precisa y previsible. En el caso de las medidas restrictivas penales, la CorteIDH añade un criterio más, que se respete el principio de legalidad penal, lo que conlleva a que analice este tipo de leyes de forma mucho más restringida.

b) La restricción debe estar destinada a proteger un fin legítimo

En esta etapa ambos Tribunales se diferencian un poco en su análisis. El TEDH se limita a verificar que la medida restrictiva tenga como objetivo proteger derechos o intereses que recaigan dentro de los criterios establecidos por el CEDH para autorizar las restricciones. No entra en detalle a valorar el nexo causal entre la medida y el fin perseguido.

Por el contrario, la CortelDH establece un nexo entre la ley que impone la medida restrictiva y el derecho o interés que se pretende proteger con dicha medida. Su análisis expone justificaciones respecto al fomento de un derecho o interés logrado a través de una medida restrictiva que no llega a ser violatoria del otro derecho o interés en concurrencia.

- *Análisis de idoneidad.*- Según el estudio de casos realizado, he demostrado que dicho análisis es efectuado por ambos Tribunales desglosado en las dos etapas anteriores. En el caso del TEDH primero verifica si la medida ha sido prevista por la ley y, en segundo lugar, si el fin es legítimo. No aplica un análisis de idoneidad en la forma propuesta por el test de proporcionalidad conforme ha sido expuesta en esta investigación. De hecho, se conforma con comprobar que la medida restrictiva tenga un origen normativo sin detenerse a valorar o expresar justificaciones detalladas sobre la conexión causal entre medida o fin, dicho de otro modo, no verifica si la medida restrictiva cumple con fomentar o promover el fin perseguido.

En cambio, la CortelDH al examinar la legalidad de la medida cumple con justificar las razones por las cuales determina que la ley que impone la medida restrictiva cumple con los estándares fijados en su jurisprudencia, respecto a la precisión y previsibilidad que debe tener en virtud del principio de legalidad. De hecho, el examen es estricto en los casos en los que las restricciones son impuestas por normas penales. En la segunda parte justifica el razonamiento que la lleva a determinar que el objeto de la medida restrictiva impuesta persigue un fin legítimo y cumple con fomentarlo o promoverlo. Una vez definido esto procede a realizar la ponderación de los derechos o intereses concurrentes.

Respecto a las divergencias en la aplicación del principio de proporcionalidad, es en la tercera etapa donde se aprecian de forma significativa, pues la CortelDH se centra en valorar la medida restrictiva impuesta, mientras que el TEDH se enfoca en valorar la injerencia causada por la restricción. Esta etapa es en la que el TEDH realiza la ponderación.

c) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática

En este análisis he logrado verificar que la CortelDH no deja de recordar los precedentes jurisprudenciales que ha desarrollado respecto al contenido de protección de los derechos en concurrencia. De este modo, especifica estándares que serán aplicados al caso concreto para centrarse en verificar que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática. Así, enfatiza que entre varias opciones para alcanzar el fin legítimo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido.

A pesar de lo expresado, la Corte no se pronuncia sobre otras medidas alternativas menos restrictivas de forma concreta. Aunque construye una buena argumentación para justificar la falta de necesidad de la restricción no enuncia medidas concretas alternativas, no obstante queda implícita su posible existencia. En concreto, la necesidad de la medida restrictiva es evaluada en virtud del umbral de protección que se brinde al derecho alegado violado en función de la satisfacción que produzca en el otro derecho o interés concurrente.

- *El análisis de necesidad de la medida, o de medios alternativos menos restrictivos: la etapa perdida en el test efectuado por el TEDH.*- En el caso del TEDH verifiqué que no siempre aplica el test de la medida menos restrictiva. El control se centra en examinar si las autoridades nacionales cumplieron con los

parámetros permitidos de restricción a los derechos fundamentales establecidos por el CEDH. Por lo que, si a nivel interno no se verificó la existencia de alternativas menos restrictivas e idóneas, el Tribunal no se pronuncia al respecto. En concreto, esta es una etapa que el TEDH no considera como autónoma, las veces en que puede hacer referencia a medidas alternativas, lo hace al aplicar el test de necesario en una sociedad democrática o test de necesidad. Es en esta etapa en la que el Tribunal realiza la ponderación o análisis de proporcionalidad en sentido estricto, indicándolo de forma expresa algunas veces.

En cuanto a la *ponderación* específica que realiza el TEDH se demostró que efectúa lo que denomino una “semi ponderación” pues enuncia el contenido protegido de los derechos en conflicto y los principios de interpretación jurisprudencial aplicables a ambos. No obstante, al momento de la valoración concreta de la medida restrictiva, el examen se enfoca siempre en la afectación generada al derecho alegado violado por el reclamante, lo que proviene de su evaluación del proceso de aplicación del análisis de proporcionalidad efectuado a nivel nacional. Así, el Tribunal omite pronunciarse sobre la intensidad de realización con la que contribuye la medida impuesta al otro interés o derecho en concurrencia. Por ello, la denominé una “semi-ponderación”, pues no se omite que existen dos derechos o intereses en conflicto, se determinan las conductas que se deben proteger respecto a ambos, lo que falta es que se muestre concretamente el ejercicio de equilibrio efectuado entre ambos para que coexistan en armonía con la correlativa argumentación jurídica que lo justifique.

Aunque el TEDH proclama que siempre analiza la proporcionalidad de una medida restrictiva permitida, lo que realiza es un test de necesidad de la medida en una sociedad democrática con ciertos matices de proporcionalidad. Esto se concluye debido a que verifica la proporcionalidad y legitimidad de la medida en base al criterio de necesidad social imperativa. Este test en algunos casos se acerca al test de proporcionalidad concebido por la tradición constitucional alemana, ampliamente desarrollada por Alexy, no obstante, falla en seguir los pasos específicos de dicho análisis que contribuyen a la justificación de su decisión de forma mucho más racional, a fin de que su razonamiento pueda ser reconstruido para determinar reglas precisas que puedan aplicarse a casos futuros similares.

A diferencia del TEDH, la CortelDH realiza en la tercera etapa el *análisis de estricta proporcionalidad de la medida*. En la ponderación que realiza he demostrado que se toman los elementos propuestos por Alexy, pues enuncia que verifica el grado de afectación de un derecho, así como la importancia de la satisfacción del otro para determinar si la importancia de la satisfacción del segundo justifica el grado de afectación del primero. En virtud de esto, cumple con indicar, en cada caso, los elementos que debe considerar para efectuar la ponderación. Posteriormente, como resultado de los casos estudiados, he destacado que de manera efectiva hace el contraste entre los derechos o intereses en concurrencia a través de argumentos específicos que explican el razonamiento que sigue para determinar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

En cuanto, a la determinación de las intensidades de afectación y de satisfacción de los intereses o derechos en conflicto, en el estudio analizado he

demostrado que la Corte no siempre se pronuncia. Cuando lo hace, en algunos casos, enuncia solamente la intensidad de la injerencia y no llega a determinar de forma concreta el grado de satisfacción que la restricción aporta al otro derecho en juego. Pese a ello, gracias a la argumentación a través de la que justifica porqué determina la precedencia de un derecho sobre otro en el caso específico, es posible reconstruir las intensidades y pesos abstractos que se podrían atribuir a ambos derechos en concurrencia.

En conclusión, en la investigación he demostrado que la mayor divergencia en la aplicación del principio de proporcionalidad se da en la etapa de la ponderación. Es donde se aprecia mejor que la Corteldh se acerca mucho más a la aplicación del test de proporcionalidad conforme a la tradición germana desarrollada por Alexy. En cambio el TEDH ha desarrollado un test de necesidad con criterios de proporcionalidad.

Asimismo, a través del estudio de casos efectuado he demostrado que similarmente ambos Tribunales han construido una red sólida de precedentes jurisprudenciales que aplican a cada situación que les toca evaluar. De hecho, es un estándar en ambos casos que, en primer lugar, los dos Tribunales señalen los precedentes que aplicarán al caso concreto antes de iniciar el análisis de proporcionalidad específico. Del mismo modo, otra similitud importante es que no fallan en cumplir con la función argumentativa de interpretación de los derechos, a través de argumentos objetivos que dotan de razones justificadoras a la resolución judicial, pese a que, en algunos casos, dejen fuera ciertos elementos que forman parte de la estructura del test.

En dicho contexto, a diferencia de la crítica expuesta, he concluido que ninguno de los dos Tribunales realiza una ponderación ad hoc; por el contrario, como

resultado del estudio de casos, he mostrado que han desarrollado redes de reglas-resultados de ponderaciones previas que aplican a los casos que se les presentan y que son aplicables aun cuando no todas las circunstancias del caso sean similares.

En toda la investigación he destacado la importancia de los estándares jurisprudenciales y de control realizado por los Tribunales supranacionales, como una guía dirigida a los jueces nacionales para mejorar el control que a su vez les corresponde a ellos realizar a nivel interno. Ello no quiere decir que el juez supranacional haga el trabajo del juez nacional. Simplemente le señala el marco, el estándar a través del cual debe hacer el control que le concierne. Debe recordarse que es el Estado en primer lugar el que debe proteger los derechos a través de todos sus órganos, lo que vale decir a través de todos los poderes que lo conforman. El poder judicial es el llamado a realizar el control convencional al momento de hacer el control constitucional de una medida que restringe derechos. Como órgano del Estado es el primero encargado de hacer el control de protección de los derechos fundamentales, de verificar que la medida cumpla con ser legítima y proporcionada, utilizando los parámetros constitucionales integrados con los parámetros del sistema de protección de derechos supranacional al que pertenece. El control convencional debe ir integrado en el control constitucional que hace de los actos estatales.

Este estudio, centrado en dos tribunales de derechos humanos supranacionales, se refiere a una revisión judicial convencional, a la que los Estados accedieron en ejercicio de su soberanía. Es labor de este tipo de tribunales hacer el control convencional de las leyes, políticas y medidas adoptadas por el Estado, así como de la aplicación judicial de las mismas. En

concreto, con el análisis de casos he demostrado que se trata de un control convencional de la revisión judicial constitucional en la que la aplicación del principio de proporcionalidad se convierte en un estándar que asiste a estos Tribunales en su tarea de control y de protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, se considera de suma importancia que un sistema jurídico tenga coherencia, y, especialmente que ofrezca seguridad jurídica; más aún si se trata de la protección de derechos fundamentales. No obstante, sigue en pie la interrogante de si es realmente necesario que, en base a la coherencia y seguridad jurídica necesaria en un sistema jurídico, sea absolutamente imperativo que se establezcan criterios o estándares inamovibles, en virtud de los cuales se analicen todos los demás casos que sean iguales o que presenten circunstancias similares.

Cuando inicié esta investigación tenía la idea de que debería ser así, que el sistema integrado nacional e internacional de protección de los DF debía tener estándares precisos y taxativos que sean de fácil seguimiento y aplicación por los tribunales internos. A medida que mi estudio se desarrollaba, mi percepción cambió. Así dejé atrás la idea de que los estándares tienen que ser fórmulas matemáticas que se apliquen a todos los casos. Lo cual es virtualmente imposible, pues se trata de DF, los cuales deben estar en una evolución constante, permitiendo que se protejan nuevas conductas que se originen con el desarrollo natural de la sociedad; por ello, asumí la postura de que los estándares deben ser flexibles, “abiertos”, la interpretación de los DF debe ser “viva”, para poder englobar los diversos cambios que se van a presentar en la realidad y que definitivamente van a influir en la dogmática de los DF. Esto no

significa que se desvanezca la certeza jurídica del sistema de protección; por el contrario, constituye una garantía de que el Derecho siempre podrá dar solución a las situaciones que se presenten en la realidad y siempre brindará protección a los DF.

A partir de dicha reflexión, considero que se debe tener en cuenta que cada caso en el que se examinen las restricciones permitidas a fin de verificar que no se haya violado un derecho fundamental, pueden presentarse circunstancias o contextos diversos, que podrían inclinar la balanza en una u otra dirección, razón por la que se justifica que tengan que ser definitivamente valorados en cada situación en concreto. Esto, no implica que no se puedan aplicar reglas de soluciones anteriores que se ajusten a los hechos similares del caso, aunque se presenten variables empíricas distintas, la solución a la que se llegue puede ser similar a otras anteriores.

Ante ello, la idea de tener un sistema de protección de derechos fundamentales completamente estandarizado, podría no resultar tan adecuada. Al respecto, opino que se debe pensar simplemente en determinar ciertos parámetros de control que guíen el análisis de este tipo de Tribunales, lo que considero, sería una alternativa más adecuada, que buscar la determinación taxativa de criterios o estándares inamovibles o petrificados que no puedan aplicarse a nuevas situaciones que se presenten debido al desarrollo natural e inevitable de la sociedad y de los derechos fundamentales.

En concreto, quiero decir que el desarrollo de reglas resultado o de precedentes es sumamente importante, pero no se puede esperar que dichas reglas proporcionen una solución matemática para todos los casos. Cuando digo que no todo puede ser estandarizado, me refiero a que siempre habrá

casos en que pese a que se apliquen las reglas resultados de ponderaciones anteriores, siempre existirá la posibilidad de que hayan circunstancias diversas a las que no sea posible aplicar los precedentes, y es entonces que tendrá que volverse a ponderar para incluir los nuevos elementos, pudiéndose obtener un resultado diferente o similar. En definitiva, las reglas resultado ni los precedentes pueden petrificarse, es necesario que continúen adaptándose a los cambios sociales que se produzcan en la realidad y a las nuevas conductas que se incluyan en la esfera de protección de los DF.

CONCLUSIONS

This research has had the purpose of comparing two supranational courts that provide protection to fundamental rights. This comparison was thought based on one of the many contexts that involves the interpretation of these rights, the permitted or legitimate restrictions. Named that way for they are regulated by law, as long as they meet certain requirements and characteristics.

In the verification of compliance with these requirements of legitimacy, the principle of proportionality is used. Both Courts have developed their application to this type of cases therefore, the main objective of the investigation was to determine the way in which each Court applies the principle of proportionality to cases in which the imposition of permissible restrictive measures that can be considered legitimate and, for that matter, non-violating of fundamental rights.

In this context, I raised several questions that helped me frame the content of the research to explain the course of my reasoning to the reader, which I hope to have achieved through each chapter. In this final stage, I will condense the position taken on each issue which helped make the proposed comparison, followed by relevant observations.

1. Fundamental rights of universal nature are protected jurisdictionally in a regional manner

The constitutional and democratic State of Law is based on the universality of the DF (Fundamental rights for its acronym in Spanish). This conception means that basic principles are shared which are considered as common values of humanity. Despite this, the jurisdictional protection provided has not been achieved universally in the sense that it has not been possible to establish a supranational Human Rights Court that is universal, without detracting from the praiseworthy work carried out by universal agencies from the UN on the matter. Jurisdictional protection has been cemented

regionally, through supranational human rights courts created by regional protection systems, such as the SEDH (European System of Human Rights, for its acronym in Spanish) and the SIDH (Inter-American System of Human Rights, for its acronym in Spanish).

The two regional systems in comparison represent well developed systems due to the time they have been performing the interpreting work of the international instrument that gives them such competence. Both are based on a similar set of rights and share similar concepts of DF adjudication.

It is true that, we cannot ignore that they are based in different social contexts, since each one represents a cluster of particular cultural diversities, which result in different legal situations; however, they do not fail to refer to the same rights recognized with universal vocation by an international community that is based on common values that have transcended the "regionalities" - to name it in a certain way - specific.

These Tribunals' job is to ensure that the rights are indeed applicable effectively. Hence the need of creating a network of standards that are easy to follow for States. However, law is not static, in the same way interpretations cannot remain static or petrified, and they have to evolve in tune with society in order to continue giving solutions to new situations that may arise. Therefore, the rights contained in the CADH (American Convention of Human Rights for its acronym in Spanish) and the CEDH (European Convention on Human Rights, for its acronym in Spanish) should be interpreted in a "living" manner, taking the circumstances and the current context of democratic societies into consideration.

In the specific subject of the permitted restrictions, both the CADH and the CEDH have assumed a similar regulation of the criteria that allows restrictions to be imposed. These criteria are "open" to give freedom to States to determine the type of measures that may be imposed, respecting their own context and diversity. Then, the supranational Courts are responsible for verifying that the imposed restrictions meet

the conventionally imposed requirements. For this matter, the principle of proportionality has been assumed as the control criterion used by both the TEDH (European Court of Human Rights, for its acronym in Spanish) and the Inter-American Court to verify the legitimacy of an allowed restriction. This work is of utmost importance since the jurisprudential standards that these Tribunals develop should guide the States internally.

2. Some rights are legitimately restricted to ensure the harmonious coexistence of all rights and interests in concurrence

As I mentioned before, since the first declarations of rights that have informed the development of constitutional law and international human rights law, the need to allow certain restrictions on fundamental rights to solve the inevitable collisions that arise in their exercise was recognized. Thus, the law is responsible for regulating the restrictions on the exercise of a right to allow the realization of another in order that all coexist in harmony within the protection system. It is worth saying that the coherent coexistence of individual and collective rights and interests at the same time is guaranteed, its ultimate goal is to provide maximum protection to the person.

The permitted restrictions represent a specific type of conflict between individual and collective rights and also interests where the realization of some, prevents others doing. Therefore, the law authorizes limiting one of them to allow the realization of those who did not have this opportunity. Through the restrictions, the Law tries to regulate a balance between the rights and interests in conflict, seeking the realization of both.

To regulate the power of the State, the Law determines criteria that must be met in order for the restrictions to be legitimate, which is to say that they do not violate a right. In this context, fundamental rights are already delimited normatively (through the integration of the international law of human rights and constitutional law, that is the ideal at least) and jurisprudence (integration of jurisprudential criteria of supranational

and internal Courts); therefore, restrictive measures must be graded according to the satisfaction of the other right or interest that is sought to be protected, taking great care to respect the essential content of the right that will be subject to the restriction.

In this research I have defended that this essential content is similar to a "fingerprint" that makes a right what it is: unique and intangible; for what constitutes the maximum guarantee of protection of fundamental rights. Any restrictive measure that denatures a right is illegitimate and violates them.

The criteria that the permitted restrictions must comply with are general and, as I have emphasized, "open" to maintain a "living" regulation and interpretation of the rights, allowing various measures that offer solutions to the different situations presented in the reality and that they are in tune with the natural and necessary evolution that society experiences and, consequently, the Law. These criteria are order and public interest; health and public safety and the rights of others. Which are similar since their inclusion in the first declarations of rights and prevail until these days as established in the international instruments in force.

Thus, in this investigation I have emphasized that both the system of protection of fundamental rights of the SIDH and SEDH consider the existence of absolute and restricted rights. Only some are, such as the right to private life, freedom of speech, freedom of conscience and religion and freedom of association.

As shown, both the CEDH and the CADH have collected the criteria of restrictions allowed in a general and "open" manner for the same rights: freedom of speech, freedom of conscience and religion and freedom of association. In the case of the right to private and family life, this constitutes a special recognition of the European System that has no similarity in the Inter-American System. It could be equated to the right to the protection of honor and dignity, regulated in Article 11 of the CADH, which considers as the content of said right the protection against "(...) arbitrary or abusive interference in their private life, in that of their family, at home or in correspondence, or

illegal attacks on their honor or reputation (...) ".Unlike what is established in the CEDH, the CADH considered to this right as not restrictive, on the contrary, it determines that people have the right to the protection of the law against all types of interference or attacks that violate such right.

Regarding the criteria that allow restrictions, both the CADH and the CEDH have established the same parameters: order and public interest; health, safety and public morals, as well as the rights of others. In the specific case of the right to freedom of expression, Article 10 of the CEDH differs from Article 13 of the CADH, since it includes as restriction criteria: preventing the disclosure of confidential information; and guaranteeing the authority and impartiality of the judiciary.

In addition to the stated criteria, both treaties establish that restrictive measures must be established by law and are necessary in a democratic society. The criterion of "necessary in a democratic society" is specifically established in the CEDH as a parameter of restriction of rights that admit legitimate limitations.

In the case of the CADH, Article 32 has been established in a generic article that states: "2. The rights of each person are limited by the rights of others, by the security of all and by the just demands of the common good, in a democratic society." Thus, the criterion of "in a democratic society" has been interpreted by the Inter-American Court in the same sense as the TEDH has done. In other words, they have taken up the interpretation that it is necessary to constitute an imperative social need developed by its European counterpart. In addition, in this article, the CADH adds the criterion of the common good that, according to what has been interpreted by the IDH Court (Inter-American Court of Human Rights for its acronym in Spanish), constitutes an element that integrates public order in a democratic State, its main purpose is the protection of the essential rights of man and the creation of circumstances that allow spiritual and material progress and achieve happiness, according to the provisions of the American Declaration of the Rights and Duties of Man.

In short, as I have emphasized, both the SEDH and the SIDH regulate restrictions allowed for similar rights with similar criteria of legitimacy. In order to verify the legitimacy of the permitted restrictions imposed by the States Parties, both Systems have adopted jurisprudential control as the application of the principle of proportionality.

3. *The principle of proportionality provides a structure of argumentation to verify the legitimacy of the restrictions allowed to fundamental rights*

I believe that I have been able to demonstrate that, in the type of conflicts that give rise to the imposition of restrictive measures permitted to fundamental rights, the application of the principle of proportionality is widely accepted; and that both the TEDH and the IDH Court have recognized in their jurisprudence as the method they apply to control the legitimacy of the restrictive measures imposed by the State. In fact, by virtue of the result of the analysis of cases, I can affirm that it constitutes a jurisprudential standard that both Tribunals use for the adjudication of rights in the case of the permitted restrictions.

Furthermore, I have emphasized that in the "leap" given by the principle of proportionality of the constitutional sphere to the supra-national one of the DIDH (International human rights law, for its acronym in Spanish); it has been monitored by the recurrent criticisms that question its rationality. Hence, I have argued that the three main criticisms that are made regarding its lack of rationality are completely surmountable provided that the judge follows correctly and structured each step of the test.

In this regard, I stressed that the common "currency" of comparison between competing rights and interests is materialized through the measurement of the different degrees of intensities that are needed in the restriction of one to achieve the realization or satisfaction of the other. In this assessment I have defended the need to use a scale of measurement, such as the triad proposed by Alexy, to indicate the degree of intensity of affectation that the restrictive measure imposes on a right or interest, in

order to compare it with the degree of intensity of satisfaction that supposes for the other right or interest in concurrence.

For this reason, I have argued that it is essential that the judge explains the reasons why they attribute a certain degree of intensity to the interference in comparison with the satisfaction of the objective pursued. In this sense, I have concluded that the way in which the principle of proportionality is structured constitutes a guide of reasoning and argumentation in which the judge must be based on to explain and justify the empirical variables they choose to analyze the case; the application of certain precedents; the abstract weight that it grants to each right or interest in concurrence; the degree of intensity of the interference and the satisfaction of both; in brief, to rationally justify the reasons that lead them to issue a sentence in one sense or another. All this must be supported in turn by a correct legal argument that links the facts with the applicable norm and that allows the reconstruction of the judicial reasoning in order to be able to extract rules or standards that are applicable to similar future cases. Because, if the justification and argumentation made by the judge does not allow this, then the principle of proportionality has not been correctly applied. Thus, I have rejected that the infringement is found in the structure of the principle of proportionality, because if it is not justified and it is not argued, the infringement is in the interpreter who applies the proportionality test.

On the contrary, I have argued that if the judge follows each stage of the principle with a logical sequence of justification of the relevant variables used, especially in the balancing, with a correct argument, their decision will be based on the Law and this way, it will be done in front of the so questioned judicial subjectivity that derives in the lack of legal certainty in the adjudication of rights.

In this context I have argued that subjectivity is not exclusive to the judge when it verifies the legitimacy of the restrictions allowed through the proportionality analysis,

but that it is present in all branches of law, in all judicial proceedings -not only in the corresponding to the allocation of rights- and in the legislator's duty as well.

So, I have stressed that the only way to neutralize it, and preserve the rationality of the decisions of adjudication of rights is to argue each reason and justify it from the Law. When referring to the Law, everything is included, laws; international treaties of DIDH; the principles of the dogmatics of fundamental rights, and domestic and international jurisprudence on the subject. Therefore, I have concluded that the rationality of the analysis will be preserved as long as the judge complies with their work of control, arguing and justifying each reason for their decision, which is to say that they correctly honor the essence of the judicial function. In this way, if arguing and justifying is fulfilled, it will be possible to reconstruct a network of rules-result or future application precedents that contribute to the predictability of the result in similar situations, all of which will reinforce the legal certainty of the DF protection system.

Despite the years where the principle of proportionality has been applied in different parts of the world, in different legal systems, I have shown that it still inspires a passionate debate in many ways. At various points in the investigation of this part I had the feeling that the principle of proportionality should be ashamed of being what it is, because it is not "everyone's cup of tea" meaning that, not everyone likes it or that it indulges all the yearnings that jurists have concerning the result that their application should achieve.

In this open sea of perceptions and diverse and opposing arguments, all the authors cited agree to continue the debate and continue accumulating the doctrinal contributions on the principle of proportionality. In particular, I have emphasized that none of them, words more or words least, encourages to stop applying it in the adjudication of rights, at least not in a conclusive and definitive way. On the contrary, the contributions of criticism are aimed at improving or clarifying it. And, in this way, it continues to be successfully the method mostly used in the adjudication of rights

around the world. At this time, it continues to offer solutions in each specific case. They will be questioned or maybe not, they will leave out more solid arguments; what it is meant to be said, and the doctrine will say and will continue to debate whether it is necessary to determine general or particular rules or standards or any of these alternatives. Its constant practice will continue to fuel the fire of doctrinal discussion and will continue to enrich it, and probably opinions that encourage to stop its appliance will not be taken into consideration: for that reason, in my opinion, you can't live with such principle, but much less without it, because, the doctrinal debate would lose a source of constant inspiration if this principle were to cease to apply.

4. The process of comparison between the TEDH and the Inter-American Court of Human Rights resulted in similarities and divergences in the application of the principle of proportionality as a criterion for controlling the legitimacy of the restrictions allowed to fundamental rights.

I believe that I have demonstrated that both Courts have jurisprudentially determined the application of the principle of proportionality as a standard for controlling the legitimacy of restrictions through the study of selected cases.

The carried out study shows a general sample, since the IDH Court has fewer cases than the TEDH, and in the case of said Court, the selected judgments come only from the Grand Chamber. With regard to permitted restrictions, the TEDH has resolved many more cases than the Inter-American Court in half of the time taken by the latter. Although it is true, in the two treaties that apply to each of these Courts, there have been restrictions allowed for the same rights; however, the casuistry is not similar. The Inter-American Court in the last ten years has known cases of restrictions regarding only the right to freedom of expression. On the other hand, the TEDH, in addition to cases concerning the right to freedom of expression, has heard more cases about the right to religious freedom and the right to respect the private and family life.

My conclusions on how to apply the principle of proportionality I will summarize following the scheme that both Tribunals follow when executing the legitimacy control of the allowed restrictions in order to show the similarities and divergences between both.

Regarding the similarities, they occur mostly in the first stages of the analysis, in which some minimum divergences are shown, as I will demonstrate next.

a) The restriction must be prescribed by law

In this case both Courts carry out a similar analysis, since they only verify that the restrictive measure has been imposed by a law, regardless of its rank, that is clear, precise and foreseeable. In the case of criminal restrictive measures, the IDH Court adds one more criterion, that the principle of criminal legality be respected, which leads it to analyze this type of law in a much more restricted manner.

b) The restriction must be designed to protect a legitimate purpose

At this stage both Courts differ a little in their analysis. The TEDH merely verifies that the restrictive measure is intended to protect rights or interests that fall within the criteria established by the CEDH to authorize the restrictions. It does not go into detail to assess the causal link between the measure and the pursued purpose. On the contrary, the Inter-American Court establishes a link between the law that imposes the restrictive measure and the right or interest that is intended to be protected with said measure.

- *Suitability analysis.* - According to the case study carried out, I have shown that said analysis is carried out by both Courts broken down in the two previous stages. In the case of the TEDH, it first verifies whether the measure has been foreseen by law and, secondly, whether the purpose is legitimate. It does not apply a suitability analysis in the manner proposed by the proportionality test as it has been exposed in this investigation. In fact, it is conformed by verifying that the restrictive measure has a

normative origin without stopping to evaluate or express detailed justifications about the causal connection between measure or purpose, in other words, it does not verify if the restrictive measure complies with promoting or promoting the pursued purpose.

On the other hand, the IDH Court when examining the legality of the measure complies with justifying the reasons why it determines that the law imposing the restrictive measure complies with the standards set in its jurisprudence, regarding the accuracy and predictability that it must have under the principle of legality. In fact, the examination is strict in cases where the restrictions are imposed by criminal law. In the second part, it justifies the reasoning that leads it to determine that the object of the imposed restrictive measure pursues a legitimate purpose and complies with promoting or promoting it. Once this is defined, it proceeds to carry out the balancing of the rights or competing interests.

Regarding the divergences in the application of the principle of proportionality, it is in the third stage where they are significantly appreciated, since the Court focuses on assessing the restrictive measure imposed, while the TEDH focuses on assessing the interference caused by the restriction. This stage is where the TEDH performs the balancing.

c) The restriction must be necessary in a democratic society

In this analysis, I have been able to verify that the IDH Court does not cease to recall the jurisprudential precedents it has developed regarding the content of protection of concurrent rights. In this way, it specifies standards that will be applied to the specific case in order to focus on verifying that the restriction is necessary in a democratic society. Thus, it emphasizes that among several options to reach the legitimate purpose, the one that restricts the protected right must be chosen. Despite what has been mentioned above, the Court does not rule on other less restrictive alternative measures in a concretely. Although it constructs a good argument to justify the lack of necessity of the restriction, it does not enunciate alternative concrete measures,

although its possible existence is implicit. Specifically, the need for the restrictive measure is evaluated by virtue of the threshold of protection afforded to the alleged right violated in terms of the satisfaction it produces in the other right or concurrent interest.

- *The analysis of the need for the measure, or less restrictive alternative means: the stage lost in the test carried out by the TEDH.* - In the case of the TEDH, I verified that the test of the least restrictive measure does not always apply. The control focuses on examining whether national authorities complied with the permitted parameters of restriction of fundamental rights established by the CEDH. Therefore, if the existence of less restrictive and suitable alternatives was not verified internally, the Court does not pronounce itself in this regard. In particular, this is a stage that the TEDH does not consider as autonomous, the times when it can refer to alternative measures; it does so when applying the necessary test in a democratic society or necessity test.

With regard to the specific *balancing* performed by the TEDH, it was shown that it carries out what I call a "semi-balancing" because it states the protected content of the rights in conflict and the principles of juridical interpretation applicable to both. However, when the concrete assessment of the restrictive measure is done, the test is always focuses on the involvement generated to the alleged right violated by the claimant, which comes from its assessment of the implementation process of proportionality analysis carried out at national level. Thus, the Court fails to rule on the intensity of performance with which the measure imposed contributes to the other interest or right in concurrence. For this reason, I called it a "semi-balancing", since it is not omitted that there are two rights or interests in conflict, the behaviors that must be protected regarding both are determined, what is missing is that the balancing act effected between both to coexist in harmony with the correlative legal argumentation that justifies it.

Even though the TEDH proclaims that it always analyzes the proportionality of a permitted restrictive measure, what it does is a test of the need for measurement in a democratic society with certain nuances of proportionality. This is concluded because it verifies the proportionality and legitimacy of the measure based on the criterion of imperative social necessity. This test in some cases is close to the proportionality test conceived by the German constitutional tradition, widely developed by Alexy, however, fails to follow the specific steps of this analysis that contribute to the justification of his decision in a much more rational way, in order that their reasoning can be reconstructed to determine precise rules that can be applied to similar future cases.

Unlike the TEDH, the Inter-American Court does the *analysis of strict proportionality of the measure* during the third stage. In the balancing that I have done, I have shown that the elements proposed by Alexy are taken, since it states that it verifies the degree of affectation of a right, as well as the importance of the satisfaction of the other to determine if the importance of the satisfaction of the latter justifies the degree of affectation of the initial one. By virtue of this, it complies with indicating, in each case, the elements that must be considered to carry out the balancing. Subsequently, as a result of the cases studied, I emphasized that it effectively makes the contrast between rights or interests in concurrence through specific arguments that explain the reasoning that follows to determine the need and proportionality of the measure.

Regarding the determination of the intensities of affectation and satisfaction of the conflicting interests or rights, in the analyzed study I have shown that the Court does not always pronounce itself. When it does, in some cases, it only states the intensity of the interference and fails to determine in a concrete way, the degree of satisfaction that the restriction brings to the other right at stake. In spite of this, thanks to the argumentation through which it justifies why it determines the precedence of one right over another in the specific case, it is possible to reconstruct the abstract intensities and weights that could be attributed to both rights in concurrence.

In conclusion, in the research I have shown that the greatest divergence in the application of the principle of proportionality occurs during the balancing stage. It is where it is best appreciated that the IDH Court is much closer to the application of the proportionality test according to the German tradition developed by Alexy. On the other hand, the TEDH has developed a necessity test with proportionality criteria.

Also, through the case study carried out, I have shown that similarly both Courts have built a solid network of jurisprudential precedents that apply to each situation that they have to evaluate. In fact, it is a standard in both cases that, in the first place, the two Tribunals indicate the precedents that will apply to the specific case before initiating the specific proportionality analysis. In the same way, another important similarity is that they do not fail to comply with the argumentative function of interpreting rights, through objective arguments that provide justifying reasons for the judicial decision, despite the fact that, in some cases, they leave out certain elements which are part of the structure of the test. In this context, I have concluded that neither of the two Tribunals carries out suitable evaluation; on the contrary, it has been shown that they have developed networks of rules-results of previous balancings that apply to the cases that are presented to them and that are applicable even if not all the circumstances of the case are similar.

Through the control carried out by the supranational courts, the national judges are guided to improve the control that also they need to perform internally. This does not mean that the supranational judge does the work of the national judge. It simply points out the frame, the standard through which it must do the control that concerns it. We must not forget that it is the State in the first place that must protect the rights through all its organs, which is to say through all the powers that comprise it. The judicial power is the call to carry out the conventional control at the moment of making the constitutional control of a measure that restricts rights. As the State organ, it is the first in charge of controlling the protection of fundamental rights, verifying that the measure

complies with being legitimate and proportionate, using the constitutional parameters integrated with the parameters of the supranational rights protection system to which it belongs. The conventional control should be integrated into the constitutional control that makes the state acts.

In this investigation, centered on two supranational human rights tribunals, I talk about a conventional judicial review, to which the States agreed in exercise of their sovereignty. It is the task of this type of court to control the laws conventionally, policies and measures adopted by the State as well as the judicial application of them. Specifically, with the case study I have shown that it is a conventional control of constitutional judicial review in which the analysis of proportionality becomes a standard that assists these Tribunals in their task of control and protection of rights.

However, it is considered of utmost importance that a legal system be coherent, and especially that it offers legal certainty; even more so if it is about the protection of fundamental rights. Nevertheless, the question remains as to whether it is really necessary that, based on the coherence and legal certainty necessary in a legal system, it is absolutely imperative that irremovable criteria or standards be established, by virtue of which all the rest are analyzed. Cases that are the same or that present similar circumstances.

Bearing in mind that each case in which the existence of an alleged violation of a fundamental right is examined, may present different circumstances or contexts, which could tip the balance in one or the other direction, they must be definitely valued in each situation in particular. Given this, the idea of having a system of protection of fundamental rights completely standardized, may not be so appropriate. In this regard, thinking about simply determining certain control parameters that guide the analysis of this type of Courts would be a more appropriate alternative, without seeking the exhaustive determination of irremovable criteria or standards.

In particular, I want to say that the development of result rules or precedents is extremely important, but it cannot be expected that these rules provide a mathematical solution for all cases. When I say that not everything can be standardized, I mean that there will always be cases in which, despite the application of the rules, results of previous balancings, there is always the possibility that there are different circumstances to which the precedents cannot be applied, and it is then, that it will have to be re-balanced to include the new elements, and a different result can be obtained. Ultimately, the resulting rules or precedents can be petrified, it is necessary that they continue adapting to the social changes that take place in reality.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1.- Libros y artículos

ABA CATOIRA, Ana; *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

AGUIAR, Asdrúbal; *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997.

ALEINIKOFF, Alexander; “Constitutional law in the age of balancing” en *The Yale Law Journal* 96, The Yale Law Journal Company, New Haven, 1987.

ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

ALEXY, Robert; *Teoría de Derechos Constitucionales*, Universidad de Oxford, 2002.

ALEXY, Robert; “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

ALEXY, Robert; “Ponderación, control de constitucionalidad y representación” en ALEXY, Robert; *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Marcial Pons, México, 2005.

ALEXY, Robert; *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México 1993.

ALEXY, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ALEXY, Robert; “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert; *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

ALEXY, Robert; “La Fórmula del Peso” en CARBONEL, Miguel (Coord.); *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2015.

ALEXY, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” en *Derechos y Libertades* 8, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000.

ALEXY, Robert; “The construction of constitutional rights”, en *Law & Ethics Human Rights* 34, De Gruyter, 2010.

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando; *Derecho Internacional Público*, Centro Editorial Javeriano, CEJA, Bogotá, 1998.

BAIER, S; “No significant disadvantage, first case law on the new admissibility criterion introduced by Protocol N° 14 to the European Convention on Human Rights”, en *European Yearbook on Human Rights*, Interesentia, 2011.

BARAK, Aharon; *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BARAK, Aharon; “Proportionality and Principled Balancing” en *Law & Ethics of Human Rights* 4, De Gruyter, Berlin, 2010.

BARAK, Aharon; “Proportionality” (2) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012.

BARAK, Aharon; “Proportional effect: the Israeli experience” en *University of Toronto Law Journal*, University of Toronto Press, 2007.

BARNES, Javier; “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 1998.

BARRANCO, María del Carmen; *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*. Palestra, Lima, 2009.

BASTRESS, Robert; “The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication: An Analysis, A Justification, and Some Criteria”, en *Vanderbilt Law Review* 27, Vanderbilt University Law School, Nashville, 1974.

BENDOR, Ariel. SELA, Tal; “How proportional is proportionality” en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

BERNAL PULIDO, Carlos; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos; “La racionalidad de la ponderación” en CARBONELL, Miguel; *Argumentación jurídica: el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa, México 2015.

BHAGWAT, Ashutosh; “Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis” en *California Law Review* 85, UC Berkeley School of Law, Berkeley, 1997.

BÖCKENFORDE, E. W.; *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley fundamental en Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden – Baden 1993.

BOMHOFF, Jacco; “The rights and freedoms of others: the ECHR and its peculiar category of conflicts between individual fundamental rights” en Brems, Eva; *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, 2008.

BOMHOFF, Jacco; “Genealogies of balancing as discourse”, en *Law & Ethics Human Rights* 34, De Gruyter, 2010

BRAGE CAMAZANO, Joaquín; *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

BREMS, Eva; *Conflicts between rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008.

BREMS, Eva; “Conflicting Human Rights: an exploration in the context of the right to a fair trial in the European Convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms”, en *Human Rights Quarterly* 27, The Johns Hopkins University Press, febrero, 2005.

BREMS, Eva; LAVRYSEN, Laurens; ““Don’t use a sledgehammer to crack a nut”: Less restrictive means in the case law of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, Oxford, 2015.

BUERGENTHAL, Thomas (ed.); *Derechos humanos, Derecho internacional y el Acuerdo de Helsinki*, Edisar, 1977.

BUERGENTHAL, Thomas; *La protección de los derechos humanos en las Américas*, IIDH-Civitas, Madrid, 1990.

CANO-PALOMARES, Guillem; “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al CEDH”, en *Revista Española de Derecho Europeo Nº 42*, Civitas, Madrid, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antonio; “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): Estado actual y perspectivas”, en BARDONNET y CANÇADO TRINDADE (editores), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, Academia Internacional de la Haya e IIDH, San José-La Haya, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antonio; *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

CARBONEL, Miguel (Coord.); *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2015.

CARIOLOU, Leto; “The search for an equilibrium by the European Court of Human Rights”, en BREMS, Eva; *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis; “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Nº 12, Enero – junio 2005.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando; *Ejecución de las sentencias en el Derecho Público Costarricense*, Juritexto, Costa Rica.

CEBADA ROMERO, Alicia y RAINER, Nickel; “El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia el Protocolo 15?”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (Coord); *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

CHALE, Roshan; "The Proportionality Principle and the Kable Doctrine: A New Test of Constitutional Invalidity?" en *Global Journal of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

CHANG, Ruth (ed.); *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, Estados Unidos, 1997.

CHAPMAN, Bruce; "Incommensurability, proportionality, and defeasibility" en *Law, Probability and Risk* 12, Oxford University Press, Oxford, 2013.

CHRISTOFFERSEN, Jonas; *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European convention on human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009.

CIANCIARDO, Juan; *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Universidad de Buenos Aires, Argentina 2009.

CAPALDO, Griselda; SIECKMAN, Jean; CLÉRICO, Laura (dir.); *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, EUDUBA, Buenos Aires, 2012.

CLÉRICO, Laura; "Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación" en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXI), BOE, 2015.

CLÉRICO, Laura; "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en CAPALDO, Griselda; SIECKMAN, Jean; CLÉRICO, Laura (dir.); *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, EUDUBA, Buenos Aires, 2012.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law", en *San Diego Law Review* 46, School of Law, University of San Diego, 2009.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "American balancing and German proportionality: the historical origins" en *International Journal of Constitutional Law* 8, Oxford University and Ney York University School of Law, 2010.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo; "Proportionality and the culture of justification", en *American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, Oxford University Press, 2011.

COHEN-ELIYA, Moshe. PORAT, Iddo; *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

CONTIADES, Xenophon. FOTIADOU, Alkmene; "Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation", en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012

COOMANS, Fons; "In Search of the Core Content of the Right to Education", in: A. CHAPMAN & S. RUSSELL (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2002.

CRAIG, Paul; *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 2016.

DE ASÍS, Rafael; *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Madrid, 1987.

DE SCHUTER, Olivier; TULKENS, Françoise; "Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a pragmatic institution", en BREMS, Eva; *Conflicts between rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008.

DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

DIEZ PICAZO, Luis; "Aproximación a la idea de los derechos fundamentales", *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 2, Lima, 2000.

DOURNEAU-JOSETTE, Pascal y LAMBERT ABDELGAWAD, Elizabeth (dir.); *Quel filtrage des requêtes par la Cour Européenne des Droits de l'homme?*, Conseil d' Europe, Estrasburgo, 2011.

DUCOULOMBIER, Peggy; "Conflicts between fundamental rights and the European Court of Human Rights: an overview" en BREMS, Eva, *Conflicts between fundamental rights*, Intersentia, Atwerp, Oxford, Portland, 2008.

DÜRIG, Gunter; “Los derechos fundamentales como sistema de valores” en ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio; *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

EATON, Martin; “The new judicial filtering mechanism: introductory comments”, en *Reforming the European Convention on Human Rights: Work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009.

ELÓSEGUI, María; *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013.

ELÓSEGUI, María; “El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH” en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* 4, Wolters Kluwer, España, 2014.

ELÓSEGUI, María; “El principio de proporcionalidad en Robert Alexy y los acomodamientos razonables en la sentencia Eweida y otros c. Reino Unido” en ELÓSEGUI, María (Coor.); *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Colección Actas 11, Marcial Pons, Fundación Manuel Jiménez Abad, Zaragoza, 2016.

ENDICOTT, Timothy; *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

FARER, Tom; “The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, Nº 3, Johns Hopkins University Press, 1997.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor; *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; DE CASTRO CID, Benito; *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Universitas, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación; “Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta”, en *Revista Persona y Derecho. Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada (II)*, Universidad de Navarra, Navarra, 1999.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación; “Regeneración de la vida política y efectividad de los derechos” en FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación. GARIBO PEYRÓ, Ana Paz (eds.), *El futuro de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; “Fundamentos de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI: personalismo, tridimensionalismo y proyecto de vida” en *Revista Abogados* 7, Díké, Lima, diciembre de 2001.

FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRER MACGREGOR, Eduardo; *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012.

FERRER MACGREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María; *Las obligaciones generales de la Convención americana de derechos humanos. Deber de respeto, adecuación y garantía de derecho interno*, UNAM, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2017.

FINNIS, John; “Natural Law and Legal Reasoning”, en GEORGE, Robert (ed.); *Natural law theory, contemporary essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

FINNIS, John; “Commensuration and Public Reason” en CHANG, Ruth (ed.); *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio; *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, traducido por M. Martínez Neyra, Trotta, Madrid, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en la obra colectiva, *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, México, 2006.

GAMARRA CHOPO, Yolanda; “La política de los derechos y las libertades en las reformas del sistema interamericano”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, Navarra, 2013.

GAMARRA CHOPO, Yolanda; “Latinoamérica: paz y seguridad internacionales”, en GAMARRA CHOPO, Yolanda (Coord.); *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XX: estudios a propósito de la conmemoración de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas latinoamericanas*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio; “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; “La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, en VVAA; *Libertad de expresión y derecho penal*, Edersa, Madrid, 1985.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José, 2005.

GARDBAUM, Stephen; “Rights, Balancing and Proportionality, A democratic defense of constitutional balancing”, en *Law & Ethics Human Rights*, De Gruyter, 2010.

GASSER, Hans Peter; “Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones internas: propuesta de un código de conducta”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 85, 1988.

GASSER, Hans-Peter; “Normas humanitarias para las situaciones de disturbios y tensiones interiores”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 117, 1993.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos; *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique; *Derecho Internacional Público*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

GEORGE, Robert (ed.); *Natural law theory, contemporary essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

GERARDS, Janneke; "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", en *International Journal of Constitutional Law vol 11*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, 2013.

GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ LUNA, Efraín; *Temas de filosofía del derecho*, Universidad Iberoamericana/Noriega, México, 2003.

GREER, Steven; "Balancing" and the European Court of Human Rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate", en *Cambridge Law Journal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

GRIFFIN, James; "Incommensurability: What's the Problem?" en CHANG, Ruth (ed.); *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Estados Unidos, 1997.

GRIMM, Dieter; "The role of the fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany" en *International Journal of Constitutional Law 13*, Oxford University and New York University School of Law, 2015.

GRIMM, Dieter; "Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence", en *University of Toronto Law Journal 57*, University of Toronto Press, 2007.

GROS ESPIELL, Héctor; *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

GROS ESPIELL, Héctor; *La convención americana y la convención europea de derechos humanos. Análisis comparativo*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1991.

GROS ESPIELL, Héctor; “Responsabilidad del Estado y responsabilidad penal internacional en la protección de los derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, vol. I, Corte IDH, San José, 1998.

GUASTINI, Ricardo; “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales” en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia* 8, Lima, agosto de 2007.

GUASTINI, Ricardo; “Los principios en el derecho positivo” en *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.

HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Dykinson-constitucional, Madrid, 2003.

HÄBERLE, Peter; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.

HÄBERLE, Peter; *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

HABERMAS, Jürgen; *Between Facts and Norms Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.

HABERMAS, Jürgen; “Derecho natural y revolución” en *Teoría y praxis: Estudios de Filosofía social*, traducido por Salvador Más Torres y Carlos Montoya, Tecnos, Madrid, 1990.

HICKMAN, Tom; “Proportionality: Comparative Law Lessons”, en *Judicial Review* 12, Routledge, UK, 2007.

HUNT, Lynn; *Inventing humans rights, a history*, Norton, New York, 2007.

IGLESIAS-REDONDO, Juan; “En torno a la libertad”, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Universidad Complutense, Madrid, 1988.

IRARRAZÁBAL COVARRUBIAS, Juan; “Juan Cianciardo, el conflictivismo en los derechos fundamentales” en *Revista chilena de Derecho* 1, Vol. 30, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile 2003.

JIMENEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JIMENEZ CAMPO, Javier; “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.

JIMENEZ CAMPO, Javier; *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JIMENEZ CAMPO, Javier; “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público*

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel; “¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?”, en *Doxa Nº 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Alicante, Alicante, 1988.

KELSEN, Hans; *Principios de Derecho internacional Público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965.

KHOSLA, Madhav; “Proportionality: An assault on human rights?: A reply”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

KLATT, Matthias; “An egalitarian defense of proportionality-based balancing: A reply to Luc B. Tremblay”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, New York , 2014.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, “Moritz; Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the ICON controversy”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

KUMM, Mattias; “The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality”, en *Review Law and Ethics of Human Rights* 4, 2010.

KYRITSIS, Dimitrios; “Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Faculty of Law, Oxford University, Oxford, 2014.

LEGG, Andrew; *The margin of appreciation in international human rights law, deference and proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, traducido por Alfredo Gallego, Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986.

LÓPEZ PINA, Antonio; *La garantía constitucional de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

LÓPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena; “El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento jurisprudencial constitucional”, en *Anales de la Facultad de Derecho nº 13*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1996.

LÜBBE WOLF, Gertrude; “The principle of proportionality in the case-law of the German Federal Constitutional Court”, en *Human Rights Law Journal*, N. P. Engels Publisher, 2014.

LUCAS VERDÚ, Pablo; *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*, Reus, Madrid, 1985.

MADRIGAL GONZÁLEZ, Carlos Andrés; RAMIREZ MADRIGAL, Jaime León; HOYOS ARBELAEZ, Juan Carlos; STEPHEN FERNANDEZ, David; “Diseño de un sistema biométrico de identificación usando sensores capacitivos para huellas dactilares”, en *Revista Facultad de Ingeniería Nº 39*, Colombia: Universidad de Antioquia, Marzo 2007.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (Coord); *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

MARITAIN, Jacques; “Acerca de la filosofía de los derechos del hombre” en *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunidos por la UNESCO*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1949.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Comares, Granada, 2011.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio; DE DOMINGO, Tomás; *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional – Teoría general e implicaciones prácticas*, Palestra Editores, Lima, 2010.

MATHEWS, Jud; STONE SWEET, Alec; “All things in proportion? American rights review and the problem of balancing” en *Emory Law Journal* 60 (4), Emory University School of Law, 2011

MEDINA GUERRERO, Manuel; *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MEDINA QUIROGA, Cecilia; *La convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2005.

MEDINA QUIROGA, Cecilia; *The Battle of Human Rights. Gross systematic violations and the Inter-American System*, Maritus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1988.

MICHAEL, Lothar; “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, en *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 11, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

MÖLLER, Kai; “Balancing and the structure of constitutional rights”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, New York, 2007.

MÖLLER, Kai; *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

MÖLLER, Kai; "Proportionality: Challenging the critics", en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, New York, 2012.

MÖLLER, Kai; "Proportionality and rights inflation" en *Law, Society and Economy Working Papers 17/2013*, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2013.

MÖLLER, Kai; "Balancing as reasoning and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina" en *International Journal of Constitutional Law* 12, Oxford University and New York University School of Law, 2014.

MOMTAZ, Yamchid; "Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 147, 1998.

MORESO, José Juan; *Lógica, argumentación e interpretación en derecho*, UOC, Barcelona, 2006.

MUÑOZ ARNAU, Juan André; *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona 1998.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael; *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NARANJO MESA, Vladimiro; *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

NASH ROJAS, Claudio; *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto; "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, v. 11, n. 2, Talca, 2005.

ÖRÜCÜ, Esin; "The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits", en CAMPBELL, Tom; *Human rights: from rhetoric to reality*, Oxford: Basic Blackwell, Oxford, 1986.

OVEY, Clare; WHITE, Robin; *The European Convention Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

PACHECO GÓMEZ, Máximo; *Los derechos humanos documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; “Los derechos en la revolución inglesa” en PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (Dir.); *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; “El Protocolo numero 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 56, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; “Los derechos del hombre en 1789: Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº VI.

PECES-BARBA, Gregorio; “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales” en *Escritos de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid.

PECES-BARBA, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (dir.); *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.

PERALTA CASTELLANOS, Juan Carlos; “Nueve años de biometría en el Perú: La fe de identificación en la encrucijada”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IX, Nº 36, IUS, México, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Teoría del Derecho – Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

PERJU, Vlad; “Proportionality and freedom. An essay on method in constitutional law”, en *Global Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

PINO, Giorgio; “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli” en *Doxa: Cuadernos de filosofía de derecho*, Nº 32, *Revista internacional de la Universidad de Alicante*, 2009.

POPELIER, Patricia; VAN DE HEYNING, Catherine; “Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis”, en *European Constitutional Law Review* 9, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis; *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis; “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en CARBONELL, Miguel (ed.); *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

PRIETO SANCHÍS, Luis; “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Derechos y Libertades* nº 8, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

PRIETO SANCHÍS, Luis; “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista Pensamiento Constitucional* Nº 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia; “La protección de los derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al CEDH” en *Revista Española de Derecho Europeo* Nº 36, Civitas, Madrid, 2010.

QUESTIAUX, Nicole; “Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción”, Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 de julio de 1982.

RAZ, Joseph; *The morality of freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

RÉAUME, Denise; “Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality”, en *Paper No 26/2009, Legal research paper series*, University of Oxford, Oxford, 2009

REY MARTÍNEZ, Fernando; “Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review”, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México, 1988.

RICASEN SICHES, Luis; *Tratado General de Filosofía de Derecho*, Porrúa, México, 1981.

RIVERS, Julian; “Proportionality and variable intensity of review” en *Cambridge Law Journal*, Cambridge, 2006.

ROJAS, Ricardo Manuel; *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, CADAL: Konrad-Adenauer, Fundación Friederich A, Von Hayek, Buenos Aires, 2005.

SARTOR, Giovanni; “Doing justice to rights and values: teleological reasoning and proportionality”, *Artificial Intelligence Law*, Springer, Suiza, 2010.

SARTRE, Jean-Paul; *L’existentialisme est un humanisme*, Nagel, París, 1946.

SCHARFFS, Brett; “Adjudication and the Problems of Incommensurability” en *William & Mary Law Review*, 42, William & Mary Law School, Williamsburg, 2001.

SCHAUER, Frederick; “Commensurability and Its Constitutional Consequences”, en *Hastings Law Journal* 45, UC Hastings College of the Law, 1994.

SCHAUER, Frederick ; “Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text”, en *Law & Ethics Human Rights*, De Gruyter, 2010.

SCHLINK, Bernhard; “Proportionality” (1) en *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec; *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, 2002

SIMSARIAN, James; “Progress in drafting two covenants on human rights in the United Nations”, en *American journal of international law*, The American Society of International Law, vol. 46, Washington, 1952.

SLAUGTER, Anne-Marie; “Global community of Courts”, en *Harvard International Law Journal*, 2003.

SMEND, Rudolf; *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985.

SMET, Stijn; *Resolving conflicts between human rights, The judge’s dilemma*, Routledge research in human rights law, New York, 2017.

SORIANO, Ramón; *Historia temática de los derechos humanos*, Colección universitaria de materiales jurídicos, Editorial MAD, Sevilla, 2003.

SPINOSI, Patrice; “L’approche d’un praticien français face à la procédure d’examen de la recevabilité des requêtes” en DOURNEAU-JOSETTE, Pascal; LAMBERT ABDELGAWAD, Elizabeth (dir.); *Quel filtrage des requêtes par la Cour Européenne des Droits de l’homme?*, Conseil d’ Europe, Estrasburgo, 2011.

STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS; *The CDDH Contribution to the Ministerial Conference organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers*, doc. CDDH(2012)R74 Addendum III, 74th meeting, Strasbourg, 10 -12 Febraury 2012.

STONE SWEET, Alec; *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.

STONE SWEET, Alec; “Constitutional Courts” en ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud; “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism” en *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (1), Columbia Law School, 2008.

TREMBLAY, Luc B.; “An egalitarian defense of proportionality-based balancing: A rejoinder to Matthias Klatt”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010

TREVELYAN, George; *Historia política de Inglaterra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

TROPER, M.; “La nozione di principio sovracostituzionale”, *Analisi e diritto, Revista de derecho de la Universidad de Génova*, 1996.

TSAKYRAKIS, Stavros; “Proportionality: an assault on human rights?” en *International Journal of Constitutional Law* 7, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Oxford, 2009.

URBINA, Francisco; “A critique of proportionality” en *The American Journal of Jurisprudence* 57, University of Notre Dame Law School, Notre Dame, 2012.

URBINA, Francisco; “Balancing as reasoning and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller”, en *International Journal of Constitutional Law* 12, Oxford University and New York University School of Law, 2014.

VAN DROOGHENBROECK, Sébastien; *La Proportionalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

VEEL, Paul-Erik; “Incommensurability, proportionality, and rational legal decision-making” en *Law & Ethics Human Rights*, 4, De Gruyter, Berlin, 2010.

VERDROSS, Alfred; *Derecho Internacional Público*, Editorial Aguilar, Madrid 1982.

WALDRON, Jeremy; “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies* nº 13, 1993.

WALDRON, Jeremy; "The Core of the Case Against Judicial Review", en *Yale Law Journal* 115, Yale School of Law, The Yale Journal Company, Inc., Danvers, MA, 2006.

WEBBER, Grégoire; "Proportionality, Balancing, and the cult of constitutional rights scholarship" en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 23, Facultad de Derecho, Universidad de Ontario Occidental, Londres, Ontario, 2010.

WIGGINS, David; *Needs, values, truth*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

YOUNG, Katharine; "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content" en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008.

ZUCCA, Lorenzo; *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2007.

2. Documentos de Organismos Internacionales

ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS; *El sistema de tratados de derechos humanos de las naciones unidas, folleto informativo N° 30/Rev.1*, Naciones Unidas, 2012.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL; *La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores/as de DDHH*, CEJIL, Buenos Aires, 2012.

COUNCIL OF EUROPE; *Reforming the European Convention on Human Rights, Interlaken, Izmir, Brighton and beyond*, Council of Europe, march 2014.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL; *Víctimas sin mordaza, El Impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, México, 2007.

HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME; *La charte internationale des droits de l'homme, Fiche d'information N° 2 (rev.1)*, Naciones Unies.

QUESTIAUX, Nicole; “Estudio de las consecuencias que para los derechos humanos tienen los recientes acontecimientos relacionados con situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción”, Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 de julio de 1982.

STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS; *The CDDH Contribution to the Ministerial Conference organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers*, doc. CDDH(2012)R74 Addendum III, 74th meeting, Strasbourg, 10 -12 February 2012.

3. Jurisprudencia Internacional

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH; Caso A. y otros contra Reino Unido, Sentencia de 19 de febrero de 2009.

TEDH; Caso Akdas contra Turquía, Sentencia del 16 de febrero de 2010.

TEDH, Gran Sala; Caso Akdivar y otros Contra Turquía, Sentencia del 16 de setiembre de 1996.

TEDH; Caso Akkoc contra Turquía, Sentencia del 10 de octubre de 2000.

TEDH; Caso Alekseyev contra Rusia, Sentencia del 21 de octubre de 2010.

TEDH, Gran Sala; Caso Amann contra Suiza, Sentencia del 16 de febrero de 2000.

TEDH; Caso Armstrong contra el Reino Unido, Sentencia del 16 de julio de 2002.

TEDH; Caso Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen contra Reino Unido, Sentencia del 27 de febrero de 20017.

TEDH; Caso Avsar contra Turquía, Sentencia del 10 de julio de 2001.

TEDH, Gran Sala; Caso Baka contra Hungría, Sentencia de 23 de junio de 2016.

TEDH; Caso Barthold contra Alemania, Sentencia del 25 de marzo de 1985.

TEDH; Gran Sala; Caso Bédat contra Suiza, Sentencia de 29 de marzo de 2016.

TEDH, Gran Sala; Caso BIAO contre Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 2016.

TEDH; Caso Bolutif contra Suiza, Sentencia del 2 de agosto de 2001.

TEDH; Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido, Sentencia de 26 de mayo de 1993.

TEDH; Caso Brogan y otros contra Reino Unido, Sentencia de 28 de octubre de 1988.

TEDH; Caso Bronwlonski contra Polonia, Sentencia del 22 de junio de 2004.

TEDH, Gran Sala; Caso Buscarini y otros contra San Marino, Sentencia del 18 de febrero de 1999.

TEDH; Caso Calogero Diana contra Italia, Sentencia del 15 de noviembre de 1996.

TEDH; Caso Casado Coca contra España, Sentencia del 24 de febrero de 1994.

TEDH, Gran Sala; Caso Ceylan contra Turquía, Sentencia del 8 de julio de 1999.

TEDH. Gran Sala; Caso Chahal contra Reino Unido, Sentencia del 15 de noviembre de 1996.

TEDH; Caso Chappell contra Reino Unido, Sentencia del 30 de marzo de 1989.

TEDH, Gran Sala; Caso Chassagnou y otros contra Francia, Sentencia del 29 de abril de 1999.

TEDH; Caso Chorherr contra Austria, Sentencia del 25 de agosto de 1993.

TEDH; Gran Sala, Caso Couderc et Hachette Filipacchi Associés contra Francia, Sentencia de 10 de noviembre de 2015.

TEDH; Caso De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy”), Sentencia del 18 de junio de 1971.

TEDH, Gran Sala; Caso Delfi As contra Estonia, Sentencia de 16 de junio de 2015.

TEDH, Gran Sala; Caso Dubska y Krejzoba contra República Checa, Sentencia de 15 de noviembre de 2016.

TEDH; Caso Dudgeon contra Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 1981.

TEDH; Caso Erbakan contra Turquía, Sentencia del 6 de julio de 2006.

TEDH; Caso Eweida contra Reino Unido, Sentencia del 15 de enero de 2013

TEDH; Caso Ezelin contra Francia, Sentencia del 26 de abril de 1991.

TEDH, Gran Sala; Caso Fábián contra Hungría, Sentencia de 5 de septiembre de 2017.

TEDH; Gran Sala, Caso Fernandez Martinez contra España, Sentencia de 12 de junio de 2014.

TEDH, Gran Sala; Caso Fressoz and Roire contra Francia, Sentencia del 21 de enero de 1999.

TEDH; Caso Friend y otro contra el Reino Unido, Sentencia del 24 de noviembre del 2009.

TEDH, Gran Sala; Caso G.I.E.M.S.R.L. y otros contra Italia, Sentencia de 28 de junio de 2018.

TEDH; Caso Gillow contra Reino Unido, Sentencia del 24 de noviembre de 1986.

TEDH; Caso Golder contra Reino Unido, Sentencia del 21 de febrero de 1975.

TEDH, Gran Sala; Caso Gorzelik y otros contra Polonia, Sentencia de 17 de febrero de 2004.

TEDH; Caso Groppera Radio AG y otros contra Suiza, Sentencia del 28 de marzo de 1990.

TEDH; Caso Gündüz contra Turquía, Sentencia del 4 de diciembre de 2012.

TEDH; Caso Halford contra Reino Unido, Sentencia del 25 de junio de 1997.

TEDH; Caso Handyside contra Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

TEDH, Gran Sala; Caso Hasan y Chaush contra Bulgaria, Sentencia del 26 de octubre de 2000.

TEDH, Gran Sala; Caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1999.

TEDH; Caso Huvig contra Francia, Sentencia de 24 de abril de 1990.

TEDH; Caso I.A. contra Turquía, Sentencia del 13 de setiembre de 2005.

TEDH, Gran Sala; Caso Incal contra Turquía, Sentencia del 9 de junio de 1998.

TEDH; Caso Informations Verein Lentia y otros contra Austria, Sentencia del 24 de noviembre de 1993.

TEDH; Caso Irlanda contra Reino Unido, Sentencia del 18 de enero de 1978.

TEDH, Gran Sala; Caso Izzettin Dogan y otros contra Turquía, Sentencia de 26 de abril de 2016.

TEDH; Caso Jerusalem contra Austria, Sentencia de 27 de febrero de 2001.

TEDH, Gran Sala; Caso Karácsony y otros contra Hungría, Sentencia de 17 de mayo de 2016.

TEDH, Gran Sala; Caso Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia, Sentencia de 24 de enero de 2017.

TEDH; Caso Khan contra Reino Unido, Sentencia del 12 de mayo de 2000.

TEDH, Gran Sala; Caso Khoroshenko contra Rusia, Sentencia de 30 de junio de 2015.

TEDH; Caso Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

TEDH; Caso Klass y otros contra Alemania, Sentencia del 6 de setiembre de 1978.

TEDH; Caso Kokkinakis contra Grecia, Sentencia del 25 de mayo de 1993.

TEDH; Caso Kopp contra Suiza, Sentencia del 25 de marzo de 1998.

TEDH; Caso Kruslin contra Francia, Sentencia del 24 de abril de 1990.

TEDH, Gran Sala; Caso Kudrevicius y otros contra Lituania, Sentencia de 15 de octubre de 2015.

TEDH, Gran Sala; Caso Labita contra Italia, Sentencia del 6 de abril de 2000.

TEDH, Gran Sala; Caso Lambert contra Francia, Sentencia del 24 de agosto de 1998.

TEDH; Gran Sala, Caso Lautsi contra Italia, Sentencia del 18 de marzo de 2011.

TEDH; Caso Lawless contra Reino Unido, Sentencia del 1 de julio de 1961.

TEDH; Caso Leander contra Suecia, Sentencia del 26 de marzo de 1987.

TEDH, Gran Sala; Caso Leyla Sahin contra Turquía, Sentencia del 10 de noviembre de 2005.

TEDH; Caso Lingüístico Belga contra Bélgica, Sentencia del 9 de febrero de 1967.

TEDH; Caso Lingüístico Belga contra Bélgica, Sentencia del 23 de julio de 1968.

TEDH, Gran Sala; Caso Maestri contra Italia, Sentencia de 17 de febrero de 2004.

TEDH, Gran Sala; Caso Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, Sentencia de 8 de noviembre de 2016.

TEDH; Caso Mahmu Kaya contra Turquía, Sentencia del 28 de marzo de 2000.

TEDH; Caso Malone contra Reino Unido, Sentencia del 2 de agosto de 1984.

TEDH; Caso Manoussakis y otros contra Grecia, Sentencia del 26 de setiembre de 1996.

TEDH; Caso Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania, Sentencia del 20 de noviembre de 1989.

TEDH; Caso McLeod contra Reino Unido, Sentencia del 23 de setiembre de 1998.

TEDH, Gran Sala; Caso Mezlis Islamske Zajednice Brcko y otros contra Bosnia y Herzegovina, Sentencia de 27 de junio de 2017.

TEDH, Gran Sala; Caso Morice contra Francia, Sentencia de 23 de abril de 2015.

TEDH, Gran Sala; Caso Mouvement Raëlien Suisse contra Suiza, Sentencia del 13 de julio de 2012.

TEDH; Caso Müller y otros contra Suiza, Sentencia del 24 de mayo de 1988.

TEDH, Gran Sala; Caso Naït-Liman contra Suiza, Sentencia de 15 de marzo de 2018.

TEDH; Caso Niedbala contra Polonia, Sentencia del 4 de julio de 2000.

TEDH; Caso Olsson contra Suecia, Sentencia del 24 de marzo de 1988.

TEDH; Caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda, Sentencia del 29 de octubre de 1992.

TEDH; Caso Otto Preminger Institut contra Austria, Sentencia del 20 de setiembre de 1994.

TEDH, Gran Sala; Caso Parrillo contra Italia, Sentencia de 27 de agosto de 2015.

TEDH, Gran Sala; Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 24 de enero de 2017.

TEDH, Gran Sala; Caso Pentikäinen contra Finlandia, Sentencia de 20 de octubre de 2015.

TEDH, Gran Sala; Caso Perinçek contra Suiza, Sentencia de 15 de octubre de 2015.

TEDH; Caso Petra contra Rumanía, Sentencia del 23 de setiembre de 1998.

TEDH; Caso P.G. y J.H. contra Reino Unido, Sentencia del 25 de setiembre de 2001.

TEDH; Caso Plattform “Ärzte für das Leben” contra Austria, Sentencia del 21 de junio de 1988

TEDH; Caso Radaj contra Polonia, Sentencia del 28 de noviembre de 2002.

TEDH; Caso Ramhadi contra Albania, Sentencia del 13 de noviembre de 2007.

TEDH, Gran Sala; Caso Refah Partisi (the Welfare Party) y otros contra Turquía, Sentencia de 13 de febrero de 2003.

TEDH, Gran Sala; Caso Rekvenyi contra Hungría, Sentencia del 20 de mayo de 1999.

TEDH; Caso Rieme contra Suecia, Sentencia del 22 de abril de 1992.

TEDH, Gran Sala; Caso Rotaru contra Rumanía, Sentencia del 4 de mayo del 2000.

TEDH, Gran Sala; Caso Roman Zakharov contra Rusia, Sentencia de 4 de diciembre de 2015.

TEDH; Caso Salabiaku contra Francia, Sentencia del 7 de octubre de 1988.

TEDH, Gran Sala; Caso S.A.S. contra Francia, Sentencia de 1 de julio de 2014.

TEDH, Gran Sala; Caso Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia, Sentencia de 27 de junio de 2017.

TEDH, Gran Sala; Caso Scordino contra Italia, Sentencia del 29 de marzo de 2006.

TEDH; Caso Serif contra Grecia, Sentencia del 14 de diciembre de 1999.

TEDH; Caso Silver y otros contra Reino Unido, Sentencia del 25 de marzo de 1983.

TEDH; Caso Soering contra Reino Unido, Sentencia del 7 de julio de 1989.

TEDH; Caso Stubing contra Alemania, Sentencia del 12 de abril de 2012.

TEDH; Caso Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden contra Bulgaria, Sentencia del 2 de octubre de 2001.

TEDH; Caso Sunday Times contra Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979.

TEDH; Caso SW contra Reino Unido, Sentencia del 22 de noviembre de 1995.

TEDH; Caso Tatlav contra Turquía, Sentencia del 2 de mayo de 2006.

TEDH; Caso Taylor-Sabori contra Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 2002.

TEDH; Caso Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido, Sentencia del 13 de julio de 1995.

TEDH, Gran Sala; Caso United Communist Party of Turkey y otros contra Turquía, Sentencia del 30 de enero de 1998.

TEDH; Caso Valenzuela Contreras contra España, Sentencia del 30 de julio de 1998.

TEDH, Gran Sala; Caso Waite y Kennedy contra Alemania, Sentencia de 18 de febrero de 1999.

TEDH; Caso Wingrove contra Reino Unido, Sentencia del 25 de noviembre de 1996.

TEDH; Caso Young, James y Webster contra Reino Unido, Sentencia del 13 de agosto de 1981.

TEDH, Gran Sala; Caso X contra Letonia, Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

TEDH; Caso Z. contra Finlandia, sentencia del 25 de febrero de 1997.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

b.1) Casos contenciosos

CorteIDH; Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, Reparaciones, Sentencia del 22 de febrero de 2002.

CorteIDH; Caso Blake contra Guatemala, Reparaciones, Sentencia del 22 de enero de 1999.

CorteIDH; Caso Bulacio contra Argentina, Sentencia del 18 de setiembre de 2003.

CorteIDH; Caso del Caracazo contra Venezuela, Reparaciones, Sentencia de 29 de agosto de 2002.

CorteIDH; Caso Castillo Páez, Reparaciones, Sentencia de 27 de febrero de 2002.

CorteIDH; Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia, Sentencia del 5 de julio de 2004.

CorteIDH; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

CorteIDH; Caso Contreras y otros contra El Salvador. Fondo, Sentencia de Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2011.

CorteIDH; Caso Fleury y otros contra Haití, Sentencia de Fondo y Reparaciones, Sentencia del 23 de noviembre de 2011.

CorteIDH; Caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina, Sentencia del 29 de noviembre de 2011.

CorteIDH; Caso Godínez Cruz contra Honduras, Sentencia del 20 de enero de 1989.

CorteIDH; Caso Godínez Cruz contra Honduras, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de agosto de 1990.

CorteIDH; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil, Sentencia del 24 de noviembre de 2010.

CorteIDH; Caso Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003.

CorteIDH; Caso Kimel contra Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008.

CorteIDH; Caso Lagos del Campo contra Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017.

CorteIDH; Caso Las Palmeras contra Colombia, Reparaciones, Sentencia de 26 de noviembre de 2002.

CorteIDH; Caso López Lone y otros contra Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015.

CorteIDH; Caso López Mendoza contra Venezuela, Sentencia del 1 de septiembre de 2011

CorteIDH; Caso Maritza Urrutia contra Guatemala, Sentencia del 27 de noviembre de 2003.

CorteIDH; Caso Mémoli contra Argentina, Sentencia de 22 de agosto de 2013.

CorteIDH; Caso Molina Theissen contra Guatemala, Sentencia de Reparaciones y costas, Sentencia de 3 de julio de 2004.

CorteIDH; Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003.

CorteIDH; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala. Reparaciones, Sentencia de 26 de mayo de 2001.

CorteIDH; Caso Nogueira de Carvalho y otros contra Brasil, Sentencia de 28 de noviembre de 2006.

CorteIDH; Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) contra Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014.

CorteIDH; Caso Palma Mendoza y otros contra Ecuador, Sentencia de 3 de septiembre de 2012.

CorteIDH; Caso Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia del 8 de marzo de 1998.

CorteIDH; Caso Tristán Donoso contra Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009.

CorteIDH; Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, Reparaciones y costas, Sentencia del 27 de febrero de 2002.

CorteIDH; Caso Usón Ramírez contra Venezuela, Sentencia de 20 de Noviembre de 2009.

CorteIDH; Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988.

CorteIDH; Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de agosto de 1990.

b.2) Opiniones Consultivas

CorteIDH; El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982.

CorteIDH; La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

CorteIDH; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.

c) Otros Tribunales

Corte Internacional de Justicia, Caso Canal de Corfú, sentencia de fondo, 9 de abril de 1949.

Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos; Caso Bendix Autolite contra Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888, Sentencia de 17 de junio de 1988.